UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

DU CONTROLE JUDICIAIRE DES ALIÉNATIONS DOTALES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

Le Vendredi 23 Novembre 1923, à 14 heures

PAR

JEAN GUYARD

PRÉSIDENT : M. MARC DESSERTEAUX, PROFESSEUR.

SUFFRAGANTS { M. LOUIS-LUCAS, PROFESSEUR. / M. GROUBER, PROFESSEUR.

DIJON

IMPRIMERIE Vve P. BERTHIER

12, rue Berbisey, 12

1923

DU CONTROLE JUDICIAIRE

DES

ALIÉNATIONS DOTALES

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

DU

CONTROLE JUDICIAIRE

DES

ALIÉNATIONS DOTALES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

Le Vendredi 23 Novembre 1923, à 14 heures

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

PAR

JEAN GUYARD

PRÉSIDENT : M. MARC DESSERTEAUX, PROFESSEUR.

SUFFRAGANTS { M. LOUIS-LUCAS, PROFESSEUR.
M. GROUBER, PROFESSEUR.

DIJON

IMPRIMERIE Vve P. BERTHIER

12, rue Berbisey, 12

1923

Table Bibliographique

des références à des ouvrages spéciaux contenues dans ce volume

---

Aubry et Rau. — Cours de Droit civil français, 4e édition.

Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville. — Du Contrat de mariage, 2e édition. Paris, 1901.

Benoit (Xavier). — Traité de la dot. Paris, 1846.

Bianchi. — Del Contratto di matrimonio. Napoli, 1907. (Marghieri, édit., Bibliotheca della Scienze giuridiche e sociali. Vol. LXXIII.)

Bureau. — Le Homestead ou l'insaisissabilité de la petite propriété foncière. Paris, 1895.

Chéron. — La Femme mariée anglaise en Angleterre et en France. Thèse, Paris, 1906.

Colin et Capitant. — Cours élémentaire de Droit civil français. Lib. Dalloz, Paris, 1916.

Debrand. — De la Notion de tiers. Thèse, Dijon, 1890.

Delvincourt. — Cours de Code civil. Paris, 1819.

Demogue. — Les Notions fondamentales de Droit privé. Paris, Rousseau, 1911.

Demolombe. — Cours de Code Napoléon, 4e édition. Paris, 1869.

Dépinay. — Le Régime dotal en France. Paris, 1902.

Eyquem — Le Régime dotal en France. Paris, 1903.

Fenet. — Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil. Paris, Videcocq, 1836.

Garsonnet et Cézar-Bru. — Précis de procédure civile, 6e édition. Paris, 1909.

Gide (Paul). — Étude sur la condition privée de la femme, 2e édition. Paris, 1885.

Girard. — Manuel élémentaire de Droit romain, 6e édition. Paris, Rousseau, 1918.

Guillouard. — Traité du contrat de mariage. Paris, 1887.

Huc. — Commentaire théorique et pratique du Code civil. Paris, 1892.

Huc et Orsier. — Le Code civil italien et le Code Napoléon. Paris, 1878.

Humblot. — De la conservation par une personne veuve remariée des avantages légaux et conventionnels lui venant de son premier conjoint. Thèse, Dijon, 1922.

Japiot (René). — Revue trimestrielle de Droit civil. 1912, p. 771 et suiv.

Laurent — Principes de Droit civil. Bruxelles et Paris, 1869-1879.

Lehr et Dumas. — Éléments de Droit civil anglais. Paris, Larose, 1906.

Marcadé. — Explication théorique et pratique du Code civil. Paris, 1875, Delamotte et fils éditeurs.

Mongin. — Du Caractère de l'inaliénabilité dotale. (Revue critique, 1886, p. 92 et 170.)

Planiol. — Traité élémentaire de Droit civil, 6e édition.

Prud'homme. — Traduction du Code civil italien. Paris, Pedone, 1896.

Rodière et Pont. — Traité du contrat de mariage, 2e édition. Paris 1869.

Schirrmeister. — Das bürgerliche Recht Englands. Berlin, Heymann, 1906.

Toullier. — Le Droit civil français suivant l'ordre du Code. Paris, 1831.

Troplong. — Du Contrat de mariage, 3e édition. Paris, 1857.

Wahl. — Les Baux de plus de neuf ans sur les biens de la femme. (Revue trimestrielle de Droit civil, 1909, p. 5 et suiv.)

INTRODUCTION

Le régime dotal du Code civil n'est plus en harmonie avec les nécessités économiques modernes

Le procès du régime dotal n'est plus à faire.

Introduit dans le Code civil de 1804 à la suite de l'énergique intervention des pays de droit écrit, le principe de la dotalité a rencontré dans le cours du siècle dernier de multiples détracteurs.

Les critiques dirigées contre lui se sont faites de jour en jour plus nombreuses et plus véhémentes. « Il y aurait une morale pour la femme commune et une autre pour la femme dotale », écrit M. Labbé et M. Huc : « Le régime dotal affaiblit le sentiment de la responsabilité individuelle. » (1). Régime immoral

(1) Huc, *Le Code civil italien et le Code civil Napoléon*, t. II, p. 260. V. aussi Marcadé, *Commentaire de l'article 1554*, t. VI, p. 47.

« Voici le texte qui pose pour notre France moderne le fameux principe de l'inaliénabilité dotale ; principe exotique, emprunté à d'autres mœurs, à un autre pays et qui se trouve ici peu en harmonie avec l'esprit de notre législation nationale ; principe étrange, qui, en assimilant des choses essentiellement privées aux choses

a-t-on répété, gêne perpétuelle pour la circulation des biens, source de fraudes continuelles et partant de surprises pour les tiers.

L'existence de ce régime, a-t-on ajouté, n'est pas seulement préjudiciable à la société mais aux époux eux-mêmes. La femme dotale est naturellement portée à se désintéresser de la prospérité du ménage puisque le statut juridique appliqué aux biens des conjoints conduit à une véritable séparation d'intérêts peu conforme au but même du mariage.

A certaines de ces objections il serait facile de répondre que d'une part les fraudes sont moins à craindre, et les tiers mieux garantis contre elles, depuis que la loi du 10 juillet 1850 (art. 75 et 76 nouveaux du Code civil) fait une obligation à l'officier de l'état civil de mentionner dans l'acte de mariage l'existence d'un contrat ; que d'autre part le reproche souvent formulé d'intéresser insuffisam-

---

publiques, et créant pour les héritages dotaux un privilège dont ne jouissent ni les biens des mineurs, ni ceux des communes ou des départements, ni ceux de l'Etat lui-même, déclare les premiers inaliénables, imprescriptibles, soustraits à la circulation, au commerce de l'homme, aux transactions sociales, absolument comme les places de guerre, les monuments publics, les fleuves, les routes, les églises et cimetières ; principe funeste qui sacrifie à l'esprit étroit et obstiné de conservation absolue et quand même, toute idée de progrès, toute augmentation de patrimoine, l'avenir de la famille, l'aisance du ménage, l'intérêt des tiers, la bonne foi dans les conventions, et fait naître à lui seul près du tiers des procès qui retentissent dans nos tribunaux ; principe enfin qui se trouve absurde aujourd'hui, puisque son but était de faciliter les seconds et subséquents mariages de la femme, tandis que notre droit français voit ces mariages d'un œil défavorable et s'efforce de les empêcher. *Dura lex red lex.* »

On ne pouvait vraiment résumer en un réquisitoire plus sévère les critiques formulées depuis 70 ans contre la dotalité.

ment l'un des époux à la prospérité du ménage vise la séparation de biens plus que la dotalité elle-même et qu'il serait encore plus justement adressé à l'organisation des successions françaises où les droits héréditaires de la femme mariée sont trop méconnus.

Et si, à propos d'une récente affaire, qui fit grand bruit dans les milieux financiers, un journaliste a pu écrire que tous les grands escrocs du siècle avaient eu la bonne fortune de rencontrer une femme dotale pour faciliter leurs fraudes, encore convient-il de noter que cette appréciation n'envisage qu'un côté de la question. Inversement la pratique judiciaire ne contient guère d'exemples, en dehors du régime dotal, où la ruine du mari n'ait pas entraîné celle de la femme. Celle-ci ne peut que bien difficilement résister à l'influence de son conjoint : l'immeuble dotal inaliénable entre les mains des époux, c'est bien la protection la plus efficace que la législation française ait dressée contre les dissipations possibles du mari.

A ce titre le régime dotal paraît devoir conserver une place utile dans nos lois. Il ne conviendra ni aux familles modestes, car il ne sert pas à acquérir, ni aux commerçants et industriels tout au moins en ce qu'il immobiliserait leurs capitaux productifs d'une façon préjudiciable à leur négoce. Mais à tous ceux qui ont une fortune acquise, sans être pour cela nécessairement oisifs, nobles, propriétaires, officiers, jeunes gens ayant embrassé une profession libérale, à ceux qui se marient jeunes, alors que les parents de l'épouse, sans manifester pour autant à l'égard de leur gendre une défiance injustifiée, veulent

assurer l'avenir de la famille, il pourra être fort utile. Les gens de cette condition ne sont pas rares en France, pays de fortune moyenne et de traditionnelle économie. Que le régime dotal soit l'apanage d'une minorité, s'il peut être judicieusement adapté aux besoins de quelques-uns, il ne mérite pas moins de figurer dans le Code civil aux côtés de la communauté et de la séparation de biens (1).

Or il est très remarquable que la défaveur envers ce régime s'est constamment poursuivie en France alors que les législations étrangères recouraient aux moyens les plus divers pour assurer la protection du patrimoine familial.

Aux Etats-Unis d'Amérique l'institution dite du *homestead* est communément pratiquée (2). En accomplissant certaines formalités très simples, tout citoyen américain chef de famille peut se constituer un petit domaine qui n'est plus aliénable sans le concours de la femme et échappe à toute poursuite, au moins pendant un certain temps (3).

En Angleterre, depuis le XVIII[e] siècle, existe une pratique née de la jurisprudence des Cours d'équité et qui subsiste malgré la plus large indépendance de la femme anglaise et la séparation d'intérêt qui régit les unions, en particulier depuis le *Maried Women's*

---

(1) V. la conclusion de l'ouvrage de M. EYQUEM, *Le Régime dotal en France*, 1902.

(2) La loi du 12 juillet 1909 a établi en France une institution analogue sous le nom de biens de famille insaisissables. Mais bien peu de personnes ont usé de la faculté de s'y soumettre et cette innovation ne paraît pas devoir entrer plus avant dans la pratique.

(3) V. BUREAU, *Le Homestead* ou *l'insaisissabilité de la propriété foncière*.

property act de 1882 (1). Cette institution reconnue nécessaire, malgré la capacité plus grande qui lui est attribuée, pour mettre la femme, quant à son patrimoine, à l'abri des influences du mari, est beaucoup plus voisine de la dotalité que le *homestead.* La femme, ou le tiers donateur, peut faire insérer dans le *settlement* (contrat destiné à déterminer les biens qui, pendant le mariage, demeurent séparés) (2), une clause d'inaliénabilité portant sur certains d'entre eux : la clause de *restraint on anticipation.* Aucune formule spéciale n'est d'ailleurs exigée à ce sujet, il suffit que l'intention des parties au *settlement* soit clairement exprimée. Les biens frappés de cette clause ne peuvent plus alors être aliénés ni hypothéqués pendant toute la durée du mariage. Si même les parties n'ont pas expressément indiqué de quel mariage elles entendaient parler, la clause de *restraint on anticipation* revivra et produira effet en cas de remariage. Il s'agit là d'une convention matrimoniale absolument immuable car les parties au *settlement* elles-mêmes ne sauraient, par leur accord unanime, rendre à la femme la libre disposition de ces biens (3).

La législation italienne nous présente un exemple plus instructif et plus utile encore parce que la pro-

---

(1) *Maried women's properly act.* St. 45-46 Vict. c. 75.

(2) La notion de settlement paraît impliquer surtout un contrat relatif à une masse de biens et contenant des clauses impératives concernant l'affectation des revenus.

Schirrmeister, *Das bürgerliche Recht Englands,* Berlin, Heymann, 1906, t. I. p. 306.

(3) V. Chéron, *La Femme mariée anglaise en Angleterre et en France.*

tection du patrimoine familial n'est recherchée que dans l'application plus rationnelle d'un régime dotal issu comme le nôtre du droit romain. Nous aurons fréquemment l'occasion de recourir à ce guide. N'est-il pas en effet curieux de constater que le régime qui, au-delà des Alpes, gouverne utilement, parmi les classes aisées, la majorité des unions ne subsiste plus chez nous que comme une institution désuète !

Cette situation avait attiré, au début de ce siècle, l'attention de l'Académie des sciences morales et politiques. En 1901 l'Académie mettait au concours ce sujet : « Etudier le développement du régime dotal en France depuis le Code civil jusqu'à nos jours ». Elle indiquait spécialement aux candidats qu'ils auraient à rechercher si le nombre des contrats emportant dotalité a augmenté ou diminué dans les divers ressorts des Cours d'appel et, en cas de diminution constatée, à quelle cause, dans chaque région, les hommes de la pratique attribuent cette régression (1).

Or le travail statistique a mis en évidence des chiffres plus impressionnants à eux seuls que toutes les critiques doctrinales souvent énumérées ; non seulement le régime dotal ne s'est pas répandu dans le pays des anciennes coutumes, mais même dans le ressort des Cours d'appel du Midi on ne le rencontre

(1) Ce concours a donné lieu à la publication de quelques mémoires fort documentés, ceux de MM. Eyquem et Dépinay en particulier, auxquels nous avons fait pour cette étude de fréquents emprunts.

presque plus, du moins sous la forme simple que seule nous étudierons ici (1).

On peut dire qu'actuellement les contrats exclusivement régis par le chapitre III du titre « Du contrat de mariage » sont exceptionnels.

C'est là un résultat certainement peu conforme au désir clairement exprimé, au cours de travaux préparatoires, par les législateurs de 1804 :

Le tribunal de Montpellier avait très justement fait remarquer dans ses observations qu'il serait infiniment regrettable, au point de vue pratique, que les parties fussent obligées de fixer dans leur contrat tous les détails de leur régime matrimonial.

« Quelque parti que prenne le législateur sur le régime de droit commun, concluait-il, il restera toujours aux époux la faculté de se constituer des dots... Mais le Code civil devrait pareillement offrir le même avantage relativement à *un mode général et uniforme de constitutions dotales* auquel pourraient s'en rapporter les époux qui se fixeraient à ce genre de contrat ; alors la loi pourvoirait aux besoins et aux désirs des deux pays : de droit écrit et de coutume. Le Code ne laisserait rien à désirer en matière de conventions matrimoniales ; il réglerait les deux contrats les plus importants dans les familles et d'un si grand usage dans la Société. » (2).

« Citoyens législateurs, expliquait d'autre part Ber-

---

(1) V. les statistiques et les cartes publiées dans les mémoires de M. Dépinay et de M. Eyquem.

(2) Fenet, IV, p. 539.

V. aussi p. 493 et s.

lier au Corps législatif, déjà vous connaissez les motifs qui ont conseillé de maintenir le régime dotal, non plus comme loi spéciale ou le droit commun d'une partie du territoire français, mais comme un *corps de règles* auquel tous les citoyens de la République, quelque part qu'ils habitent, puissent se référer. » (1).

Cependant l'expérience de plus d'un siècle a démontré que les articles 1540 à 1581 du Code civil ne se suffisent point à eux-mêmes, et de fait leurs dispositions sont toujours plus ou moins corrigées par le notaire. Mais cette nécessité de la rédaction complète d'un acte particulier et spécial, due à l'insuffisance de la loi, ne laisse pas d'être une cause d'erreurs, d'oublis et d'obscurités dans les contrats et partant d'incertitude pour la jurisprudence qui les interprète et de surprises pour les tiers (2). Ce n'est pas sans raison qu'en France les époux dotaux vivent environnés d'une atmosphère de défiance.

Il est donc une première conclusion qui s'impose : *Le régime dotal doit être réglementé par la loi d'une manière assez souple et assez pratique pour que les parties au contrat de mariage puissent y adhérer par une simple référence.* C'est le résultat auquel ont très justement visé les auteurs du Code sans y parvenir.

Le remède, à notre avis, doit être procuré par une

---

(1) *Présentation au Corps législatif et exposé des motifs*, par M. Berlier.

FENET, XIII, p. 680 *in fine*.

(2) Ce sont les critiques le plus fréquemment formulées par les praticiens au cours des enquêtes de MM. Dépinay et Eyquem.

V. *Op. cit.*

extension de l'aliénabilité légale (c'est-à-dire indépendante de toute convention) des biens dotaux qui nécessairement aura pour corollaire *un contrôle judiciaire* plus étendu, mieux précisé sur certains points et plus attentif aux divers intérêts en présence.

C'est ce à quoi nous allons nous appliquer dans cette étude en nous inspirant tout à la fois des tendances de la législation française moderne, de la jurisprudence postérieure à la promulgation du Code et du droit de divers pays étrangers.

CHAPITRE PREMIER

Cas d'Application du Contrôle judiciaire

Si précieuse qu'elle soit pour la conservation du patrimoine dotal, l'inaliénabilité ne peut être absolue. Dans certains cas, et ils sont multiples, l'intérêt bien entendu de la famille commande au contraire l'aliénation de l'immeuble. Les époux peuvent se trouver dans une situation si précaire que la vente de leur bien devienne pour eux une impérieuse nécessité. Par suite de circonstances imprévues au moment du contrat, ils peuvent être contraints à transporter au loin leur résidence : la conservation de l'immeuble devient alors pour eux sans avantage et son entretien ruineux.

A quoi servirait la dot si elle ne devait à ce moment leur procurer les ressources indispensables ? Ne détournerait-on pas l'aliénabilité de son but si on lui attribuait cette conséquence d'interdire, quoi qu'il

arrive, d'assigner à l'immeuble un emploi avantageux?

Mettez une pierre à sa place
Elle vous vaudra tout autant.

Le Code civil n'a pas complètement méconnu ces nécessités puisque dans toute une série d'hypothèses (articles 1555 à 1559) il rétablit exceptionnellement la possibilité de l'aliénation, avec ou sans l'autorisation de justice suivant les cas.

Législation moderne

Postérieurement à la promulgation du Code, diverses lois particulières ont accru le nombre de ces exceptions en donnant, dans de nouvelles hypothèses, aux époux, le pouvoir d'aliéner ou de grever la dot nonobstant les stipulations de leur contrat de mariage.

Dans ses articles 5, 13 et 25, *la loi du 3 mai 1841* donne en cas *d'expropriation pour cause d'utilité publique* la facilité d'éviter le jugement d'expropriation en recourant à une cession amiable du terrain. Cette cession amiable peut porter sur les *biens dotaux ;* mais alors la loi elle-même institue en faveur de la dot certaines garanties : Le Tribunal *peut* prescrire les mesures conservatoires et les remplois nécessaires.

Il est d'ailleurs à noter que le défaut de remploi, ordonné par le Tribunal, n'entache pas la procédure d'expropriation en elle-même, et les époux ne demeurent pas moins définitivement évincés, au profit de l'administration, de leur terrain et ce par l'effet de la cession amiable. La seule conséquence

qui découle de l'inaccomplissement du remploi est que l'administrateur, et par suite le Trésor, demeurent comptables envers la femme des deniers versés sans remploi et qui auraient été dilapidés (1).

C'est là une application rationnelle du principe de la séparation des pouvoirs : Le législateur et la jurisprudence ont nettement distingué d'une part l'*acte de puissance publique* (l'expropriation), qui ne saurait être entravé dans un intérêt privé, et d'autre part le *règlement de l'indemnité* au point de vue duquel l'Etat débiteur est assimilé au simple particulier.

Le tribunal aura encore à intervenir pour autoriser les époux à entrer dans une *association formée en vue de l'irrigation des terres (article 4 de la loi du 21 juin 1865).* Par l'effet de l'adhésion des propriétaires au syndicat, leurs immeubles compris dans son périmètre vont se trouver grevés d'une charge réelle, nécessaire cependant pour assurer l'adduction d'eau. S'il s'agit d'un bien dotal, le Tribunal, préposé à sa sauvegarde, doit apprécier l'avantage qui en résultera pour lui.

En troisième lieu *la loi du 19 mars 1919 apporte une dérogation beaucoup plus grave* à l'article 1554 du Code civil. Nous aurons plus tard à l'envisager au point de vue spécial de la durée du contrôle judiciaire. Mais déjà, quant à l'objet de ce chapitre, cette disposition présente un intérêt particulier en raison

---

(1) Dalloz, *Suppl. au Répertoire*, V° Expropr. pour cause d'utilité publique, n° 96 et 817.
Cass., 15 mars 1886, *D.*, 86-1-383.

non pas tant de sa portée, qui est restreinte, que de l'évolution législative dont elle est l'indice. Elle mérite quelques explications plus étendues.

L'article premier est ainsi conçu : « *Lorsque la femme est âgée de plus de quarante-cinq ans et que les époux n'ont ni enfants ni descendants vivants, elle peut, avec l'autorisation de son mari et celle de la justice, donner ses biens dotaux pour des œuvres d'assistance et de bienfaisance publiques ou privées, ou pour des œuvres ayant plus spécialement pour objet le développement de la natalité, la protection de l'enfance et des orphelins de la guerre. Dans le cas où le mari refuse son autorisation, celle de la justice permettra à la femme de passer outre, mais alors la jouissance des biens donnés restera au mari.* »

L'article 2 qui permet, sans autorisation du mari, à la femme de disposer aux mêmes fins des biens réservés, produit de son industrie personnelle (Loi du 13 juillet 1907), reste étranger à la dotalité proprement dite.

Cette importante dérogation au principe de l'inaliénabilité est *a priori* d'autant plus surprenante qu'elle a été introduite en faveur de dispositions à titre gratuit, considérées en général par la loi avec plus de méfiance que les aliénations à titre onéreux. Et cependant le législateur l'a voulue aussi complète que possible. Des termes mêmes de l'article premier il résulte que la loi est destinée à produire un effet rétroactif en ce sens qu'elle s'applique à tous les contrats dotaux, même antérieurs au 19 mars 1919, tandis qu'au contraire les contrats antérieurs à 1804

n'ont pas été soumis aux dispositions du Code civil (1).

Cette solution qui, au cours des travaux préparatoires, n'a jamais été mise en doute, se justifierait déjà facilement par les motifs d'ordre public qui ont inspiré la loi du 19 mars 1919, mesure essentiellement favorable aux œuvres d'assistance et de prévoyance publiques ou privées. C'est une loi de solidarité sociale qui, au surplus, ne porte atteinte à aucun droit acquis puisque, à défaut pour le mari de consentir à la donation, son droit de jouissance sur la dot est expressément réservé (Article premier *in fine*).

Mais *le but* de la loi nous paraît être d'un caractère plus spécial qui milite encore en faveur de la rétroactivité : Le législateur a voulu transférer à ces œuvres l'avantage que la dotalité devait normalement présenter pour la famille.

Au Sénat, M. Simonet, auteur de la proposition, s'exprimait en ces termes (2) :

« Certes il ne pourrait nous venir à l'idée de porter atteinte en quoi que ce soit aux droits de la famille. *Le patrimoine des parents est et doit rester sacré pour leurs enfants.* Mais il est véritablement abusif de pousser trop loin ce principe et d'en tirer des conséquences qui vont à l'encontre des droits légitimes de la collectivité. Par exemple, il est vraiment inad-

(1) Carpentier-Fuzier-Herman, *Rep. de Droit français*, V° Contrat de mariage, n° 40 et 41. Cass., 31 déc. 1845, *D.*, 46-1-124; Cass. Req., 3 janv. 1848, *D.*, 48-5-111.

(2) *J. O.*, Doc. parl., 1918, Sénat, p. 375.

V. aussi *Rev. trim. de Droit civil*, 1918, p. 210.

missible que des époux ayant atteint un *âge qui ne leur permet plus d'espérer avoir des enfants* s'ils n'en ont point déjà ou s'ils les ont perdus, ne puissent pas disposer même de leur superflu parce que la loi ou leur contrat de mariage s'y opposent.

« Plus que jamais, la volonté et les ressources des particuliers, comme de l'Etat lui-même, doivent être tendues vers l'intérêt social et la collectivité, et lorsque des particuliers voudront faire un effort louable et généreux, en faveur des œuvres d'assistance publique ou privée ou en faveur des œuvres tendant au développement de la natalité, et de façon plus générale, à la protection de l'enfance, il est inadmissible que le Code, dans des dispositions trop anciennes ou trop rigoureuses, se dresse comme un obstacle devant leur généreux effort...

« Le principe de l'inaliénabilité des biens dotaux est l'essence même du régime dotal, il est posé par l'article 1554 : seules quelques exceptions limitativement établies et d'interprétation stricte sont prévues par les articles 1555, 1556 et suivants.

« C'est contre cette exclusivité que nous voulons réagir au moins lorsque les époux ont atteint un âge où ils ne peuvent plus espérer avoir d'enfants et dans le cas où ils n'en ont pas ou les ont perdus, et dans des buts déterminés.

« Bien entendu, nous entourons la faculté d'aliénation et de donation entre vifs des biens dotaux de précautions indispensables : autorisation du mari, autorisation de la justice ; but déterminé : œuvre d'assistance, de bienfaisance, œuvres tendant à

développer la natalité et à protéger l'enfance ; quotité fixée par le tribunal ; droits des tiers ; réserve de l'usufruit pour le mari s'il refuse l'autorisation, etc.

« Ce sera pour les mères qui n'ont pu avoir d'enfants une sorte de *réhabilitation* (sic), pour celles qui les ont perdus une consolation, pour celles qui les ont donnés à la France une légitime fierté. *Elles deviendront en quelque sorte mères une seconde fois et de cette nouvelle et glorieuse maternité collective naîtra une race forte et puissante.* »

La Commission sénatoriale d'examen résumait ainsi son rapport à la séance du 3 décembre 1918 (1) :

« Tout en maintenant bien entendu intangibles les droits de la famille, le législateur doit permettre aux époux, quelque sévères que soient les clauses de leur contrat de mariage, et particulièrement à la femme sous le régime dotal, de faire, sous certaines conditions, donation de tout ou partie de leurs biens, mêmes dotaux, pour de telles œuvres dont l'utilité sociale est évidente et que l'on ne saurait trop encourager *surtout lorsqu'elles tendent précisément à remplacer les foyers infécondés ou dévastés par une sorte de famille et de maternité collectives.* Ce serait pour les mères qui n'ont point d'enfants une réhabilitation et pour celles qui les ont perdus sans espoir d'en avoir d'autres une consolation et une légitime fierté. »

La situation des ménages stériles eût mérité d'être traitée avec plus de tact pour ne pas dire d'une façon moins triviale. Nous nous refusons à admettre

---

(1) *J. O.*, Doc. parl., Sénat, 1918, p. 718, n° 493.

en thèse générale que la femme qui n'a point donné d'enfants à la France ait besoin d'une *réhabilitation* qu'elle obtiendrait en attribuant une prime au repeuplement. Le sens de ces deux exposés parlementaires, qui n'en demeure pas moins fort net, est celui-ci : La femme est parvenue à un âge où la procréation d'une famille doit être à bon droit considérée comme improbable. Or le régime dotal sous lequel les époux s'étaient unis a eu pour but et pour conséquence de créer un patrimoine placé sous une protection spéciale, dans l'intérêt de la famille. Il va être, par l'effet de la loi du 19 mars 1919, tout au moins permis aux époux de *donner* (1) ces biens spécialement aux œuvres ayant pour but la protection de l'enfance, c'est-à-dire, en définitive, aux enfants des autres.

L'avantage constitué en faveur d'une famille particulière bénéficiera de la sorte à la collectivité des enfants français.

L'effet rétroactif de la loi se justifie donc à un deuxième point de vue par une véritable *subrogation de bénéficiaire* (cette formule nous paraît renfermer une idée exacte si nous ne lui attachons pas un sens trop technique et trop rigoureux).

Par là, l'exception nouvelle au principe de l'inaliénabilité, établie par la loi du 19 mars 1919, se rattache intimement à celles prévues par les articles 1555 et 1556, portant faculté de donner les biens dotaux pour l'établissement des enfants issus d'un

(1) Il n'est pas douteux que la faculté de donner comporte celle de vendre et d'hypothéquer. Ce point a été nettement précisé dans le rapport de la commission d'examen au Sénat.
(V. *ibid.*)

précédent mariage de la femme ou des enfants communs.

Aussi est-il surprenant que le législateur n'ait pas songé à pousser plus loin l'assimilation et ait imposé dans l'hypothèse de la loi de 1919 un contrôle judiciaire que le Code civil lui-même avait écarté.

Suivant l'article 1555, la femme désireuse de doter des enfants du premier lit peut le faire librement et sans restriction avec l'autorisation de son mari. L'autorisation judiciaire n'intervient que pour parer à un refus injustifié du mari, refus toujours à craindre étant donné l'opposition des intérêts en présence.

Aux termes de l'article 1556, l'autorisation du mari est nécessaire et ne peut être suppléée par celle de la justice. Il s'agit en effet d'enfants issus du mariage commun et la même diversité d'intérêts et d'affections n'est plus à redouter.

Mais dans l'un et l'autre cas l'accord des époux est toujours suffisant et, sans recourir au Tribunal, ils peuvent, dans la mesure qu'ils apprécient, assurer, ce qui constitue la destination même de la dot : l'établissement de leurs enfants.

La loi de 1919 établit une règle inverse et impose d'une façon absolue l'autorisation judiciaire. L'examen du Tribunal devra porter à la fois sur la quotité qu'il convient de fixer à la libéralité (1) et sur le caractère d'utilité des œuvres auxquelles les époux en destinent le bénéfice (2).

---

(1) *Exposé des motifs de la proposition Simonet, J. O.*, Doc. parl. Sénat, 1918, p. 375 précité.

(2) V. *Ibid.* V. aussi Rapport de la commission d'examen, *J. O.*, Doc. parl., Sénat, 1918, p. 718, précité.

A notre avis le danger d'une libéralité excessive n'est pas grand et l'examen de l'intérêt social que présente l'œuvre bénéficiaire pourrait être sans inconvénient réservé aux époux. Souvent, il est vrai, le jugement du Tribunal aura l'avantage de faciliter aux établissements publics ou reconnus d'utilité publique l'obtention de l'autorisation administrative nécessaire pour accepter toute gratification. Mais pour autant la nécessité d'une formalité aussi onéreuse ne se justifie guère.

L'intention libérale des époux, par cela même qu'elle est désintéressée, n'est suspecte d'aucune fraude.

Au surplus la loi de 1919, comme les articles 1555 et 1556, a pour objet non pas d'assurer la conservation de la dot mais de lui permettre d'obéir à sa véritable destination. Puisque le Code civil s'en rapporte entièrement aux époux lorsqu'il s'agit d'établir leurs enfants, pourquoi leur témoigne-t-il une méfiance que les mêmes motifs doivent exclure lorsqu'ils ont l'intention de faire bénéficier de la dot les enfants d'autrui ?

Il y a là, suivant nous, une contradiction législative qui devrait disparaître.

Enfin l'économie de la loi du 19 mars 1919 serait incomplète si les droits de la famille n'étaient pas rigoureusement protégés. Il a fallu prévoir le cas exceptionnel de la survenance d'enfants postérieurement à la donation.

La Commission sénatoriale a précisé que conformément au droit commun la donation serait

révoquée par application des articles 953 et 960 du Code civil (1).

Cet exposé ne serait pas complet si nous ne réservions ici une place à deux dispositions législatives qui ont pour but de permettre, avec autorisation de justice, non pas à proprement parler une aliénation de la dot, mais une constitution temporaire de droits réels ou de charges susceptibles d'en diminuer la valeur : *le contrat d'emphytéose* et le *bail à long terme.*

Le bail emphytéotique est réglementé par la loi du 25 juin 1902 (2) incorporée au Code rural dont elle constitue le titre cinquième. Ce contrat est caractérisé par une amodiation à longue durée (18 à 99 ans), l'obligation pour le preneur d'améliorer le fonds et par suite la modicité de la redevance. L'article premier de la loi du 25 juin 1902 précise qu'il confère au preneur un *droit réel susceptible d'hypothèque.* Il s'ensuit, ainsi que l'a indiqué dans son rapport à la Chambre M. Georges Graux (3), que la capacité juridique requise pour ce contrat se détermine d'après l'idée que ce bail est de sa nature un acte de disposition. Il est donc en principe interdit aux époux mariés sous le régime dotal lorsqu'il doit porter sur un bien rendu inaliénable par le contrat. Mais comme, dans certains cas, cette opération peut être avantageuse pour le fonds, l'article 2, alinéa 3, dispose exceptionnellement que « le mari pourra

(1) Doc. parl., Sénat, 1918, p. 718.
(2) Dalloz, 1903-4-1.
(3) *J. O.*, 8 et 9 fév. 1899, p. 141, annexe n° 157.

aussi donner à bail emphytéotique les immeubles dotaux avec le consentement de la femme et l'autorisation de justice ». Cette formule, qui semble n'avoir appelé aucune observation lors des discussions parlementaires, mérite cependant notre attention. Quoique la femme reste propriétaire de sa dot, c'est, avec son consentement, au mari administrateur et usufruitier de ces biens qu'est attribué le droit de les donner à bail. C'est qu'en effet si le contrat d'emphytéose est, à certains points de vue, assimilé à l'aliénation, il n'en demeure pas moins en principal lieu un abandon de la jouissance réservée au mari et par suite un acte d'administration. La rédaction de l'article 2 est donc correcte. Mais il serait à notre sens abusif d'en conclure que, contrairement à la règle générale (1), le droit de se pourvoir en justice contre un refus injustifié du mari soit refusé à la femme ; la loi n'a fait que disposer *deeo quod plerumque fit*. Si l'opération était manifestement avantageuse, il nous semble certain que la femme pourrait malgré le défaut d'autorisation maritale, obtenir du Tribunal la permission de passer le bail : dans ce cas, en effet, l'amélioration qui résulte de l'emphytéose profite au fonds lui-même et par suite au revenu et il n'y a pas lieu de réserver la jouissance du mari par extension de l'article 1555 (2). Il en serait toutefois autrement si, de par les circonstances, le bail emphytéotique paraissait projeté dans le but de frustrer le mari de ses droits.

(1) Dalloz, Rep., V° Contrat de mariage, n° 3696.
(2) Dalloz, *ibid.*

La loi de 1902 qui, avec autorisation de justice, permettait de constituer sur l'immeuble dotal un droit réel n'impliquait-elle pas *à fortiori* la possibilité de conclure, sous la même garantie, un bail à long terme ? On pouvait le penser. Il est en effet peu admissible que la passation d'un bail emphytéotique, qui constitue un véritable démembrement de la propriété, soit possible et que cependant un bail ordinaire demeure, en vertu de l'article 1429 du Code civil, réductible à la durée maxima de neuf années. Certains auteurs (1) ont même vu dans le silence de la loi la preuve que l'article 1429 était inapplicable au régime dotal. Ce régime constitue, en effet, un système *sui generis* tiré du droit écrit tandis que les textes gouvernant la communauté sont d'origine coutumière. Les pouvoirs du mari sur la dot sont plus étendus que ceux de l'époux commun en biens sur les propres de sa femme ; en particulier le mari est en même temps usufruitier et administrateur des biens dotaux, il peut exercer seul les actions pétitoires y relatives, tandis que le bail est, de par sa nature, un acte de simple administration que rien dans les règles dotales ne lui interdit.

Ces arguments n'ont point convaincu la jurisprudence. Un arrêt de la Cour d'Amiens, postérieur à la loi de 1902 (2), maintient le principe que lorsqu'un mari a consenti un bail de terres dotales d'une durée supérieure à neuf années, la femme peut, lors de la

(1) Notamment M. Albert Wahl, *Revue trim. de Droit civil*, 1909, p. 5 et s.

(2) Amiens, 19 janv. 1904, *D*, 1905-2-35.

dissolution du mariage, demander que le bail soit réduit à ladite durée de neuf ans.

Une pareille anomalie méritait un examen législatif. Aussi, dès 1918, M. Puech déposa-t-il sur le bureau de la Chambre (1) une proposition qui vient de recueillir l'adhésion de principe du Sénat (Séance du 11 janvier 1923) (2).

L'article 1558 du Code civil serait complété de la façon suivante :

« *L'immeuble dotal pourra, avec permission de justice, être donné à bail en totalité ou en partie pour une durée qui ne dépassera pas vingt-cinq ans. Il sera statué par le Tribunal de première instance sur le rapport d'un juge et le Procureur de la République entendu en ses conclusions.* »

Le dernier alinéa contient une adjonction inutile pour partie, irrationnelle pour le surplus. Il n'était pas besoin de déclarer que le ministère public devrait conclure puisque c'est là une règle posée par l'article 83 du Code de Procédure civile pour toutes les causes dotales (alinéa 6). En second lieu on cherche en vain le motif pour lequel le rapport d'un juge, qui n'est point requis en matière d'aliénation, le serait en matière de bail. La protection augmenterait donc à mesure que le danger de l'acte s'amoindrit ! Si pareille disposition passait dans la loi, elle ne saurait s'expliquer que par une inadvertance de ses rédacteurs.

Mais, en passant condamnation sur ces critiques de

(1) *J. O.*, annexe, Chambre des Députés, 11e législ., nos 2342, 4744.
(2) *J. O.*, Doc. parl., Sénat, 1922, p. 276, annexe 813.

détail, nous trouvons, tant dans la loi de 1902 sur le bail emphytéotique que dans la proposition, actuellement soumise au Parlement, sur le bail à long terme, une particularité commune fort instructive. *Les motifs qui peuvent justifier le bail ne sont plus limitativement déterminés et le législateur laisse désormais aux juges du fond un entier pouvoir d'appréciation sur le caractère d'utilité ou d'opportunité que présente l'acte projeté.*

La conclusion de l'activité législative postérieure au Code civil est facile à tirer. Le cadre des possibilités légales d'aliénation s'est trouvé trop étroit et de nouvelles exceptions ont dû être ajoutées à celles primitivement établies par les articles 1555 et suivants.

Mais le législateur n'a procédé trop souvent que par dispositions fragmentaires, suivant en cela les errements des rédacteurs du Code qui ont voulu prévoir toutes les hypothèses sans laisser aux juges un pouvoir d'appréciation pourtant fort opportun. L'intérêt légitime que peut avoir la famille à aliéner l'immeuble dépend de multiples circonstances qui échapperont toujours, quoi qu'on fasse, à une énumération si minutieuse soit-elle.

Cette insuffisance de la loi est d'autant moins excusable qu'en retirant aux tribunaux le pouvoir d'apprécier librement la nécessité ou même l'utilité de l'aliénation, les auteurs du Code se séparaient nettement des traditions de l'ancien droit (1) et du

(1) Suivant les coutumes de Normandie et d'Auvergne notamment l'aliénation pouvait être autorisée lorsqu'elle était utile à la femme. D'autre part, sous l'empire de l'ancien droit, le fonds dotal pouvait

droit romain, tel du moins qu'il était enseigné au début du XIXe siècle.

« A ces possibilités légales, expliquait Duveyrier dans son rapport (1), les Romains ajoutaient la faculté indéfinie d'échanger. Les lois 26 et 27 au Digeste *De jure dotium* permettaient d'échanger la chose dotale, d'un fonds de terre en argent et d'une somme en fonds de terre, *pourvu que le résultat fût utile à la femme* et alors le produit de l'échange devenait dotal. Il était juste d'emprunter à cette règle seulement ce que la nécessité pouvait exiger avec toutes les précautions capables d'en écarter les abus. En conséquence le projet de loi permet de changer l'immeuble dotal non contre une somme d'argent mais contre un autre immeuble. »

L'expérience ne tarda pas à démontrer que cette faculté d'échange est pratiquement insuffisante car l'acquisition d'un autre immeuble en remplacement de l'immeuble dotal n'est pas toujours opportune ni même possible. Mais la maxime « *Res mobilis res vilis* » était encore en honneur au début du XIXe siècle et la fortune immobilière absorbait les préoccupations du législateur. Aussi bien le Code civil ne contenait-il aucune disposition réglementant le statut de la dot mobilière.

---

encore être aliéné notamment pour donner la liberté aux esclaves, pour dons pieux, pour l'achat d'un fonds plus avantageux et enfin lorsque la femme commettait un recélé ou lorsqu'elle volait son mari pendant le mariage, ses biens dotaux en étaient responsables.

BENOIT, *Traité de la dot*, I., p. 343 et 353.

V. aussi *Pandectes françaises*, Répert. Vo Mariage, no 9455.

DÉPINAY, *op. cit.*, p. 47 et 40.

(1) FENET, XIII, p. 758.

Œuvre de la jurisprudence

Et de même qu'elle dut édifier de toutes pièces la théorie de la *dot incluse*, la jurisprudence s'est employée à faciliter, dans certains cas qui lui paraissaient spécialement dignes d'intérêt, l'aliénation de l'immeuble dotal. Elle ne put du reste y parvenir que par une extension tout à fait antijuridique des exceptions prévues par les articles 1555 et suivants.

Ainsi il est communément admis en jurisprudence que les frais engagés par l'avoué de la femme et par celui du mari dans une instance en séparation de corps peuvent, au cas où la demanderesse succombe, être recouvrés sur les biens dotaux. Pour justifier cette solution, la Cour de cassation argumente de ce que la séparation de corps a pour objet de pourvoir à la protection personnelle de la femme. « Il est certain, ajoute un commentateur (1), que cette protection est plus nécessaire encore que la conservation de la dot et *qu'il y a lieu d'y pourvoir* avec la plus grande sollicitude : l'article 1558 du Code civil autorise l'aliénation de l'immeuble dotal pour tirer la femme de prison et il *peut être non moins nécessaire* de la soustraire aux mauvais traitements de son mari. »

Nous avouons d'ailleurs ne pas apercevoir très bien comment cet argument pourrait légitimer la répétition sur les biens dotaux des frais engagés par l'avoué du mari pour combattre les prétentions de la femme.

L'article 1558, alinéa 4, n'a pas été interprété d'une

(1) M. Poncet, Note sous cassation, 19 juil. 1887, *D.*, 88-1-49.

façon moins extensive. Quelles conséquences inattendues n'en a-t-on pas tirées !

« *L'immeuble dotal peut être aliéné avec permission de justice... Pour faire de grosses réparations indispensables à la conservation de l'immeuble dotal.* » Il a été jugé tout d'abord, et ce n'était que la saine interprétation du texte, que l'article 1558, paragraphe 4 ne s'appliquait ni aux constructions nouvelles, ni aux simples améliorations (1). Mais on ne tarda pas à voir décider que certaines améliorations nécessaires, ou même seulement utiles, rentraient dans les prévisions de l'article 1558 : Que notamment s'il s'agissait d'une usine, l'autorisation devait être étendue aux constructions nouvelles qui auraient pour objet de la maintenir au niveau des progrès de l'industrie (2). Une nouvelle étape devait encore être franchie : L'article 1558 ne vise que les réparations matérielles effectuées à l'immeuble dotal, on le fera servir à la *protection juridique de la dot*, même de la *créance dotale.*

Et par un jugement sur requête du 22 mai 1886, le Tribunal civil de Tulle s'est engagé encore beaucoup plus avant dans la voie de l'interprétation prétorienne (3) : Après séparation de biens judiciaire, les immeubles du mari, grevés à concurrence d'une certaine somme par les reprises dotales de la femme,

(1) Dalloz, Rep. V° Contrat de mariage, n° 3676 et s.— Suppl. eod. verb., n° 1330 et s.

(2) Rouen, 9 avril 1845, *D.*, 53-2-48; v. aussi Paris, 3 janv. 1912, *Gaz. du Pal.*, 1912, 1, 426 (motifs).

(3) V. ce jugement analysé dans les arrêts de la Cour de Limoges, 30 juil. 1896 et de la Cour de cassation, 19 juillet 1899 et la note de M. Cezar Bru. *D.*, 1903-1-313.

avaient été vendus. La femme, n'étant point payée par l'acquéreur, conçut le projet d'acheter elle-même les immeubles en question de ce dernier et, après compensation d'une partie du prix avec sa créance dotale, une somme de 9.000 francs lui était encore nécessaire pour réaliser cette acquisition. Afin de trouver un prêteur, elle demanda au Tribunal de l'autoriser à hypothéquer les immeubles ainsi acquis, et devenus dotaux comme renfermant une valeur dotale incluse, à la garantie de son emprunt. Le Tribunal accorda cette autorisation sur le fondement de l'article 1558, paragraphe 4.

« Nous croyons, explique M. Cézar Bru (1), que l'article 1558, alinéa 4, pouvait être parfaitement invoqué. Dans l'espèce il s'agissait d'un emprunt nécessaire à la conservation de la dot. En effet l'immeuble acheté par la femme était un ancien immeuble du mari : le propriétaire actuel s'était obligé à payer à la femme ses reprises, et, précisément parce qu'il n'avait pas payé, la femme se trouvait avoir *intérêt, pour conserver sa dot,* à acquérir elle-même l'immeuble. »

Nous ne contestons pas que ces décisions, toutes prétoriennes, n'aient été inspirées par un sentiment d'équité en même temps que par une compréhension des nécessités pratiques plus exacte que celle de la loi. Mais elles ne sont pas moins rendues en marge du Code et présentent par suite un très grave danger pour les tiers.

---

(1) Note sous Cassation, *D.*, 1903-1-313.

Que la femme, mécontente de son acquisition, dans la dernière hypothèse, attaque le jugement qui l'a autorisée et un interprète plus scrupuleux de l'article 1558 pourra à bon droit accueillir son action en nullité ; le jugement a fait du texte une application nettement abusive. L'autorisation sera alors révoquée. La constitution d'hypothèque elle-même sera annulée à son détriment sans que le prêteur puisse s'abriter derrière l'autorité de la chose jugée, car l'erreur des premiers juges sera justement considérée non comme une erreur de fait, mais comme une erreur de droit (1).

En définitive ce sera un tiers de bonne foi qui subira les conséquences préjudiciables d'une autorisation trop libéralement accordée. Ceci n'est point, avouons-le, de nature à favoriser le crédit de la femme.

Par des voies différentes les lois nouvelles et la jurisprudence ont donc en somme poursuivi le même but : *étendre les possibilités d'aliénation*, celle-ci d'une façon infiniment plus souple mais dangereuse pour les contractants.

Tandis qu'aux premières on peut reprocher leur conception fragmentaire, à la seconde on doit en grande partie imputer l'atmosphère de défiance qui entoure en France les époux dotaux.

Système italien

Le véritable remède ne saurait consister que dans un changement radical de la méthode suivie par le

(1) V. *infra*, p. 94.

législateur, et le Code civil italien nous offre un exemple particulièrement instructif.

A supposer qu'aucune clause d'aliénabilité n'ait été stipulée dans le contrat de mariage, la loi italienne, et c'est là une de ses supériorités manifestes, *renonce à énumérer les divers cas dans lesquels les tribunaux pourront octroyer l'autorisation.*

Avant la promulgation du Code civil italien, qui a consacré en 1865 l'unité législative du nouveau royaume, six lois différentes y étaient simultanément en application et deux systèmes se trouvaient en présence. Le Code des Deux-Siciles (1), le Code de Parme et le Code Napoléon, resté intégralement en vigueur sur la petite étendue de l'ancien duché de Lucques, reproduisaient la même énumération limitative des cas d'autorisation judiciaire. Le Code Albertin, promulgué le 10 juin 1837 dans les Etats sardes, était encore plus rigoureux. Au contraire, la loi toscane du 15 novembre 1814 et le Règlement grégorien du 1er juin 1835 donnaient au magistrat plus de liberté pour apprécier les circonstances qui pouvaient éventuellement rendre utile ou nécessaire l'obligation de la dot. La loi toscane permettait même d'obtenir l'autorisation « *de la faveur du prince* » par la voie de la *Consulta :* procédure administrative analogue à celle du recours en grâce dans notre droit pénal.

Faisant droit aux conclusions du rapport Pisanelli, les rédacteurs du Code italien ont fait cesser

(1) Promulgué en 1815 par Ferdinand I dans l'ancien royaume de Naples.

ces divergences en se ralliant au second système. L'article 1405 fut ainsi conçu :

« En dehors des cas mentionnés dans l'article précédent (aliénation autorisée par le contrat de mariage) la dot et les droits dotaux de la femme ne peuvent être aliénés ou grevés durant le mariage en faveur de qui que ce soit, et lesdits droits ne peuvent être non plus réduits ou restreints que du consentement du mari et de la femme et moyennant une ordonnance du Tribunal qui ne peut en donner l'autorisation que dans les cas seulement de *nécessité* ou d'*utilité évidente*. »

Il suffira donc au juge de rechercher souverainement en fait si l'aliénation projetée présente le caractère de nécessité ou d'utilité évidente ; mais encore convient-il de préciser ces deux notions, car on commettrait une grave erreur en croyant que la nécessité implique *a fortiori* l'utilité. La loi se place à deux points de vue très différents.

Il y a nécessité lorsque l'aliénation répond à un besoin impérieux de *la famille* ou même *du mari*. Ainsi à côté des exceptions à l'inaliénabilité prévues dans les articles 1555, 1556, 1558 du Code Napoléon, les tribunaux ont accordé l'autorisation pour cause de nécessité dans les cas suivants cités par les auteurs (1) : des actes d'exécution menacent le mari et pour les arrêter il est nécessaire de distraire un capital dotal ; — un fils a été condamné à une peine pécuniaire et pour le sauver de la prison, où il serait détenu en cas de non paiement, ses parents veulent

(1) Bianchi, *Contratto di matrimonio*, 234.

disposer d'une partie de la dot ; — les enfants sont appelés à l'hérédité d'un parent ou d'un étranger et n'ont pas de ressources suffisantes pour payer la taxe successorale ; — l'honneur du mari et de la famille sont compromis dans un procès et il s'agit de pourvoir à sa défense ; — enfin le mari ou les enfants ont besoin de dépenser une partie de la dot pour intenter une action en revendication ou exercer un droit de retour qui autrement seraient perdus.

Dans toutes ces hypothèses, et bien d'autres analogues, une jurisprudence, d'ailleurs fort libérale, a autorisé une aliénation de la dot conforme à sa destination de « fonds de réserve de l'administration familiale » (1).

La conception de l'utilité évidente est tout autre : ce n'est pas l'utilité de la famille et du mari qui est prise ici en considération, mais l'*utilité de la femme quant à son capital dotal* (2). Pour déclarer l'aliénation utile le magistrat doit uniquement rechercher si, à la suite de cet acte, la dot sera augmentée ou préservée d'une perte ou d'une dépréciation.

Du reste il est juste de reconnaître que les tribunaux italiens ne respectent pas toujours cette distinction clairement établie par la doctrine. Ils relèvent même fréquemment tout à la fois la nécessité et l'utilité évidente de façon à rendre bien plus difficile par la suite le succès d'une action en nullité dirigée contre leur ordonnance.

---

(1) Fondo di riserva dell' azienda familiare. BIANCHI, *Op. cit.*, p. 324.

(2) La utilita deve considerarsi principalmente in relazione alla donna e verificarsi nella stessa dote. — BIANCHI, *ibid.*

D'un autre côté les juges, usant d'un pouvoir presque discrétionnaire, autorisent parfois des actes plus avantageux au mari qu'à la femme, pleinement rassurés qu'ils sont si ces actes ne présentent pas à leurs yeux de danger pour cette dernière. Doit-on les en blâmer ? Nous croyons plutôt avec Bianchi (1) qu' « au sein d'une famille l'utilité et la nécessité se confondent et les vrais et légitimes intérêts de la femme et des enfants ne peuvent être bien séparés de ceux du mari ».

Le rôle très étendu attribué au contrôle judiciaire ne paraît donc pas avoir donné lieu en Italie à de graves abus ; au contraire la facilité plus grande qu'il donne d'aliéner la dot dans les circonstances critiques constitue une précieuse garantie.

Les classes aisées de la société adoptent en règle générale pour régir leurs unions le régime dotal, non pas, comme en France, avec les multiples retouches d'un notaire parfois imprévoyant ou malhabile, mais sous la forme simple et rationnelle établie par le Code. Si, chez nos voisins, la dotalité n'est pas le régime légal, du moins, à défaut de contrat, aucun autre n'est-il présumé à sa place (2).

---

(1) *Op. et loc. cit.*

(2) Au cas en effet où les époux se sont mariés sans contrat, la loi ne présume ni la dotalité, ni la communauté. Leur union se trouve alors soumise à un régime analogue à celui de la séparation de biens : séparation absolue d'intérêts tempérée par l'obligation réciproque aux aliments et, jusqu'en 1919, par la nécessité de l'autorisation maritale pour certains actes.

CHAPITRE II

Conditions de l'aliénation judiciaire

La demande d'autorisation ne peut valablement émaner que des époux, ceux-ci ont seuls qualité et intérêt pour la formuler. La femme demeure nue propriétaire de la dot et le mari possède sur elle un droit d'usufruit en même temps que d'administration. Aussi la réunion de ces deux qualités dans une requête à fin d'autorisation est-elle en tout cas suffisante.

Mais nous devons envisager le cas où l'accord des deux époux n'a pu se réaliser. Faudra-t-il décider qu'isolé dans son action, l'un d'entre eux se trouvera fatalement voué à l'impuissance ?

A ce point de vue la législation italienne et le Code civil français ont établi deux systèmes diamétralement opposés.

Système français

Suivant le Code civil, la règle générale est la suivante : *le consentement des deux époux n'est pas*

absolument nécessaire pour mettre la justice en mesure d'autoriser l'aliénation. Si l'un d'entre eux oppose à l'autre un refus injustifié, le second pourra se pourvoir devant les tribunaux et passer outre.

Cette solution ne paraît pas douteuse en principe, et est par ailleurs communément admise en jurisprudence, lorsque le refus émane du mari. Malgré son mariage précédé d'un contrat dotal, la femme est restée propriétaire de la dot, c'est-à-dire qu'elle a conservé sur cette dernière des droits essentiels et en tout cas indépendants. D'autre part, l'article 219, dont aucun autre texte n'a limité la portée en notre matière, donne d'une façon très générale à la femme la possibilité d'en référer à la justice chaque fois que le mari refuse de l'autoriser à passer un acte.

Il est vrai qu'une objection pourrait être présentée : l'article 219 du Code civil, placé au titre « Du mariage » n'est destiné qu'à réglementer les pouvoirs du mari en tant que chef de l'association conjugale. Or ici le refus d'autorisation repose sur un autre fondement que l'autorité maritale proprement dite : l'intérêt personnel et pécuniaire du mari à conserver intact sur la dot son droit de jouissance.

Cette objection ne paraît pas avoir eu grande influence sur les tribunaux français dans les très rares espèces où une contestation de ce genre s'est élevée. La jurisprudence est même allée plus loin. Un arrêt de Cour d'appel (1) n'a pas craint de déci-

(1) Riom, 16 janv. 1886, *D.*, 88-1-49; *S.*, 88-1-289 et la note de M. Labbé. — V. aussi Colin et Capitant, *Cours élémentaire de Droit civil français*, t. III, p. 317.
Dalloz, Rep. V° Contrat de mariage, n° 3695.

der qu'en cas de refus de la femme, pourtant propriétaire de la dot, le mari pouvait se pourvoir en justice.

N'est-ce point juger *a fortiori* que le seul droit de jouissance du mari ne saurait mettre tout refus de sa part à l'abri d'un examen judiciaire ?

Notons enfin, car nous verrons le Code italien établir un principe contraire, que si le mari, sans refuser expressément, est dans l'impossibilité de donner son consentement par suite d'interdiction ou d'absence, la femme aura incontestablement le droit de se faire habiliter par la justice. C'est ce qui résulte de l'article 222 du Code civil, auquel les textes relatifs au régime dotal n'ont point pour but de déroger (1).

A ce principe général les lois françaises apportent seulement deux sortes d'exceptions. Tout d'abord si l'aliénation a pour but de procurer l'établissement des enfants d'un premier lit (art. 1555), la femme qui se fait autoriser par justice sur le refus du mari doit lui réserver la jouissance. L'article 1 de la loi du 19 mars 1919 comporte une disposition analogue. Suivant certains auteurs, la nécessité de cette réserve d'usufruit devrait même être étendue à tous les cas où l'aliénation est poursuivie dans un intérêt personnel à la femme, par exemple pour la tirer de prison ou pour désintéresser ses créanciers antérieurs au mariage (2). Si cette opinion n'est fondée

(1) Dalloz, *Suppl. au Rep.*, V° Contrat de mariage, n° 1298.
(2) Dalloz, *Rép.*, V° Contrat de mariage, n° 3696.

sur aucun texte précis, du moins faut-il reconnaître qu'elle est parfaitement rationnelle.

En second lieu, il est une hypothèse où le consentement du mari ne peut être suppléé. C'est aux termes de l'article 1556, lorsqu'il s'agit de l'établissement des enfants communs.

La doctrine, absolument générale sur ce point, explique ordinairement que le sentiment d'affection que le mari éprouve pour ses enfants supprime tout danger de refus arbitraire et légitime fort bien la différence de rédaction, au premier abord suggestive, des articles 1555 et 1556. Cependant l'impression qui se dégage des travaux préparatoires n'est pas aussi nette et il semble même que cette distinction apparente n'est que le résultat d'une omission.

Le rapporteur Duveyrier, au Tribunat, après avoir déclaré que l'aliénation peut avoir lieu pour l'établissement des enfants d'un premier lit de la femme et pour l'établissement de ses enfants communs ajouta : « *Dans ces deux cas*, la femme a besoin du « consentement de son mari : ce n'est qu'à défaut de « ce consentement qu'elle a recours à l'autorisation « du juge ». A la suite de ces observations, l'article 1555 fut présenté et adopté sous sa forme actuelle « ou, sur son refus, avec l'autorisation de justice ». Pourquoi pareille réserve n'a-t-elle point été insérée dans l'article suivant? Il serait téméraire de penser que le législateur ait voulu disposer *a contrario* car la discussion n'a pas porté sur ce point et le rapport de Duveyrier est plutôt contraire à cette interprétation.

Effectivement, un arrêt de la Cour de Rouen du 24 décembre 1841 (1) a décidé, contrairement à l'opinion communément admise, que la femme pouvait se faire autoriser par justice pour aliéner en vue de l'établissement d'enfants communs, même sur le refus du mari, à la seule condition de réserver à ce dernier son droit de jouissance.

En résumé, le Code civil n'a point entendu laisser la femme dotale à la discrétion de son mari. Au contraire, il a organisé d'une façon générale un recours en justice qui lui permet de passer outre, avec ou sans réserve d'usufruit suivant les cas (2).

Et ce recours présente un caractère nettement contentieux puisque ce n'est qu'à la suite d'un débat, où les prétentions des deux époux sont naturellement appelées à se contredire, que le tribunal statue sur le bien ou le mal fondé du refus d'autorisation maritale.

Système italien

Le droit italien au contraire ne permet en aucun cas à l'un des époux d'aliéner les biens dotaux sans le consentement de l'autre époux. Il considère que si le mari aliénait seul il violerait le droit de propriété de la femme sur sa dot, que si la femme passait outre au refus du mari elle méconnaitrait son droit de jouissance (3).

Quelques jugements et arrêts il est vrai (Turin, 12 juillet 1887) ont parfois décidé, qu'à défaut par le mari de consentir, la femme pourrait s'adresser à la

(1) Dalloz, *Rép.*, V° contrat de mariage, n° 3615, p. 137 (note 1).
(2) V. aussi par analogie l'article 1426 du Code civil.
(3) Bianchi, *Contratto di matrimonio*, n° 228.

justice et, le mari présent ou dûment appelé, se faire autoriser par elle. Ces décisions se fondaient notamment sur ce que cette procédure était alors en usage lorsqu'il s'agissait de biens paraphernaux. Mais ce système n'a prévalu ni en doctrine, ni en jurisprudence : tandis que les biens paraphernaux restent à la libre disposition de la femme, sauf les droits du mari comme chef de la société conjugale, qui ne sauraient lui permettre de maintenir un refus injustifié, la dot est soumise à la jouissance du mari.

Dès lors, les deux époux étant personnellement intéressés à la conservation de ces biens, chacun reste seul juge de ce qu'il convient de faire d'un droit qui lui est propre (1).

Pour appuyer cette solution certains auteurs ont fait valoir un autre argument, celui-ci tiré de la procédure en usage. Le tribunal appelé à autoriser les aliénations dotales exerçait une juridiction gracieuse et statuait en chambre du conseil. On ne pouvait lui attribuer dans ces conditions la juridiction contentieuse des dissentiments survenant entre les époux (2).

---

(1) La disposition nette et précise de l'article 1405 du Code civil italien ne permet pas le moindre doute à ce sujet.

Aussi ne voyons-nous pas bien les raisons pour lesquelles Bianchi (*Op. cit.*, p 315, n. 1) propose une explication très inattendue et juridiquement fort discutable. L'article 678 C. civ. it. dispose qu'en matière de société « pour l'administration et pour la meilleure utilisation de la chose commune, les délibérations de la majorité sont obligatoires même pour la minorité dissidente ». De ce texte notre auteur va tirer un argument *a contrario* : Dans une société formée de deux époux, la majorité ne peut se former car elle exigerait la moitié plus une des voix, c'est-à-dire l'unanimité et la question ne se poserait pas. Comme d'autre part aucune disposition légale ne donne voix prépondérante au mari, il en résulte qu'un des époux ne peut jamais se passer du concours de l'autre.

(2) Bianchi, *op. cit.*, n° 228.

Somme toute, le droit italien a été plus préoccupé que le nôtre d'assurer l'unité de direction de la famille et d'éviter que les époux puissent se présenter en adversaires devant les tribunaux (1). Il est cependant des circonstances où la femme a tout à craindre de son mari et où le refus de ce dernier peut être dicté par de tous autres sentiments que le souci d'une bonne administration. Il en est ainsi lorsqu'elle veut aliéner sa dot pour l'établissement d'enfants d'un premier lit. Aucun texte ne remédie à cette situation.

Avant la réforme de 1919, il est vrai, l'article 136 du Code civil italien portait que : « Si le mari refuse l'au- « torisation à la femme... l'autorisation du tribunal « sera nécessaire. » Mais ce texte appartenait au titre « Du mariage » et réglait les rapport généraux des époux. Aussi fut-il toujours considéré comme inapplicable au régime dotal puisqu'alors le mari ne fondait pas seulement son refus sur ses pouvoirs de chef de famille, et le contrôle qui lui était réservé à ce titre, mais encore sur un droit personnel à la jouissance des biens dotaux.

L'article 1405 y dérogeait au surplus formellement en déclarant : « Lesdits droits (dotaux de la femme) « ne peuvent être non plus réduits ou restreints que « du consentement du mari et de la femme et moyen- « nant une ordonnance... » ; règle rappelée par l'article 1407 : « Est nulle l'aliénation de la dot, encore « que *les* conjoints y donnent leur consentement... »

---

(1) Gide, *Condition privée de la femme*, p. 408.

La nécessité du concours des deux époux dans la requête qui saisit le tribunal constitue donc un principe absolu.

La loi fondamentale du 17 juillet 1919, en dépit du grand mouvement féministe qu'elle consacre, n'a pas modifié cette règle. Spécialement, elle accorde aux femmes l'accès aux emplois publics, la faculté d'être tutrices, d'accepter les fonctions d'arbitre, etc., mais sa disposition essentielle consiste dans l'abrogation, par son article 1, des articles 134, 135, 136, 137 et 1743, alinéa 2 du Code civil italien (1). *La nécessité de l'autorisation maritale pour tout ce qui touche les intérêts pécuniaires disparaît.*

---

(1) Nous donnons ici la traduction des anciens articles abrogés (Prud'homme, *op. cit.*).

Art. 134. — La femme ne peut donner, aliéner des immeubles, les hypothéquer, emprunter, céder ou toucher des capitaux, se porter caution, ni transiger, ou ester en justice relativement à de tels actes sans l'autorisation de son mari. Le mari peut donner par acte public, à la femme, l'autorisation générale de faire les dits actes ou quelques-uns d'entre eux sauf son droit de révoquer la dite autorisation.

Art. 135. — L'autorisation du mari n'est pas nécessaire :

1° Lorsqu'il est mineur, interdit ou condamné à plus d'un an d'emprisonnement pendant qu'il subit sa peine.

3° Lorsque la femme est légalement séparée aux torts de son mari.

3° Lorsque la femme exerce le commerce.

Art. 136. — Si le mari refuse l'autorisation à la femme ou s'il s'agit d'un acte dans lequel il y a opposition d'intérêt, ou si la femme est légalement séparée par sa faute ou par la faute du mari ou par mutuel consentement, l'autorisation du tribunal civil sera nécessaire. Le tribunal ne peut accorder l'autorisation si le mari n'a d'abord été entendu ou cité à comparaître dans la chambre du Conseil sauf le cas d'urgence.

Art. 137. — La nullité dérivant du défaut d'autorisation ne peut être opposée que par le mari, par la femme et par ses héritiers ou ayants cause.

Art. 1743. — (Alinéa 2). La femme mariée ne peut accepter un mandat sans l'autorisation du mari.

Par voie de conséquence l'article 136 qui établissait exceptionnellement et en cas de refus du mari un recours devant le tribunal est dès lors supprimé comme désormais sans objet.

Mais, ce qui montre bien que c'était par une saine interprétation de son texte et de sa place dans le Code que l'on refusait à cet article toute portée quant aux aliénations dotales, sa suppression ne modifie en rien l'article 1405. Depuis la loi nouvelle nul doute n'est permis et aucune assimilation n'est plus possible entre deux situations très différentes. La femme mariée sous un régime autre que celui de la dotalité n'a plus besoin de l'autorisation maritale fondée sur une suprématie d'un des époux qui est désormais abolie (tout au moins au point de vue de l'administration pécuniaire). Sous notre régime, au contraire, la femme, pour aliéner sa dot dans les cas où cela est possible, ne peut se passer du concours marital basé sur l'*indivision* dans laquelle les biens dotaux se trouvent placés.

La nécessité de l'intervention du mari tient donc à ce que la jouissance de la dot confère à ce dernier un droit propre. Il va en résulter une autre conséquence : On peut se trouver en présence, non pas d'un refus par le mari d'accorder son concours, mais d'une impossibilité pour lui de le prêter valablement par suite d'absence ou d'aliénation mentale. Même dans ce cas, la justice ne peut se substituer à lui, car le Code italien ne comporte aucun texte analogue à l'article 222 du Code civil français. Il appartient à son représentant légal, curateur ou protuteur, de

veiller à ses intérêts pécuniaires et de prendre parti à sa place.

Toutes ces solutions, contraires à celles de notre loi nationale, sont conformes à la tendance générale du droit italien qui, ainsi que nous le verrons au chapitre suivant, *fait de l'inaliénabilité dotale plutôt une règle d'indisponibilité réelle que d'incapacité.*

CONCLUSION

Des deux systèmes, français et italien, lequel devons-nous préférer? Les raisons invoquées par la jurisprudence et les auteurs italiens ne manquent pas de valeur. Elles sont loin pourtant de nous convaincre.

On dit en premier lieu qu'il serait désastreux pour l'union conjugale que les époux pussent, sur une question d'intérêt telle que l'aliénation d'un fonds dotal, s'intenter des procès. Mais un pareil raisonnement nous conduirait, par un respect véritablement superstitieux pour l'omnipotence du mari, à supprimer toutes les garanties accordées à la femme pour sauvegarder à son encontre son propre patrimoine. Il faudrait notamment rayer de nos codes la séparation de biens judiciaire, dont la séparation de corps et le divorce sont trop souvent l'aboutissement.

Il ne peut être sérieusement question d'interdire à la femme de disposer raisonnablement de sa propriété car, par crainte de discorde, on en viendrait à méconnaître totalement les droits d'un époux.

On allègue aussi que le mari possède sur les biens dotaux un droit de jouissance qui pourrait être com-

promis par suite de l'aliénation. Mais telle est bien la condition de tous les usufruitiers et cependant personne n'a jamais songé à interdire au nu propriétaire de disposer de ses droits comme bon lui semble, à plus forte raison ainsi que la justice l'y autorise.

Et puis, le droit de jouissance concédé par l'article 1540 au mari « pour supporter les charges du mariage » est loin d'être aussi absolu que le droit d'un usufruitier ordinaire. Certaines restrictions y ont toujours été apportées, qui en font ressortir le véritable caractère. C'est ainsi que les fruits ne deviennent la propriété du mari qu'au moment de la perception. Si le mari est maître absolu des fruits perçus, il ne peut aliéner les fruits à percevoir que dans la mesure où ils excèdent les besoins du ménage, autrement il dépasserait la limite de ses droits (1). Ainsi que l'ont fort bien écrit MM. Aubry et Rau (2) : « La jouissance des biens dotaux étant concédée bien « moins dans son intérêt personnel qu'en sa qualité « de chef de l'association conjugale et pour lui four- « nir les moyens de pourvoir à l'entretien de la « femme et des enfants, ainsi qu'aux frais du ménage, « on doit en conclure qu'à la différence d'un usufruit « ordinaire cette jouissance n'est susceptible ni de « cession, ni d'hypothèque, ni de saisie. »

La jouissance du mari a les plus grandes analogies

---

(1) Dalloz, *Suppl.*, V° Contrat de mariage, n^os^ 1213-1214.

(2) Aubry et Rau, *Droit civil français*, 4e éd., t. V, p. 553.

V. aussi Guillonard, *Traité du Contrat de mariage*, 1888, t. IV, n^os^ 1800 et 1816.

avec l'usufruit ordinaire, mais elle n'en constitue pas moins un droit *sui generis* et moins étendu que le premier.

Ce droit n'est pas assez absolu pour empêcher la femme de disposer de sa nu-propriété dans un intérêt que, par hypothèse, la justice reconnaît conforme à la destination de la dot.

Si par ailleurs, et comme on le décide généralement (1), dans tous les cas où l'aliénation est projetée au profit de la femme plutôt que du mari, la jouissance lui est réservée, son intérêt légitime se trouve, à notre sens, amplement sauvegardé.

Le mari n'a pas un pouvoir discrétionnaire sur la dot : c'est ce que la loi italienne nous semble avoir à tort méconnu, de sorte que, chez nos voisins, la femme, dont la capacité civile est cependant des plus complètes, demeure à certains égards moins libre de disposer de sa dot que la femme française.

Et cette particularité est encore plus choquante depuis que la loi du 17 juillet 1919 a donné à la femme mariée italienne une indépendance analogue à celle établie par les législations anglo-saxonnes les plus libérales.

---

(1) Dalloz, *Rép. V° Contrat de mariage*, n° 3696.

CHAPITRE III

Étendue du Contrôle judiciaire

Exécution des obligations sur les biens de la femme

A la fin de notre introduction, nous avons eu déjà l'occasion d'écrire que la question du contrôle judiciaire était intimement liée à l'existence de l'inaliénabilité. La justice en effet, qui accorde l'autorisation est, par cela même, amenée à déroger à la règle générale et son intervention ne peut se concevoir que si les actes d'aliénation ou de disposition eussent été nuls sans son concours.

Aussi bien l'étendue du contrôle judiciaire est-elle fonction de l'étendue de l'inaliénabilité et à ce titre il convient de remarquer que la dot peut être compromise de deux manières fort différentes.

Il peut s'agir, en effet, soit d'une aliénation proprement dite, de la constitution de droits particuliers sur un bien dotal (vente, louage à long terme, constitution d'hypothèques, etc.), soit au contraire, d'une obligation de la femme qui, suivant le prin-

cipe posé en l'article 2092 du Code civil, devrait, suivant le droit commun, valoir sur tout son patrimoine.

Il n'est pas douteux que les actes d'aliénation doivent être prohibés en règle générale, comme contraires à la destination de la dot, et ne peuvent être accomplis qu'exceptionnellement et sous le contrôle de la justice. Les engagements assortis d'une sûreté réelle telle qu'une hypothèque portant sur la dot y sont également soumis en ce sens, que non revêtus de l'investiture judiciaire, ils ne peuvent, par le jeu de la garantie qui les accompagne, aboutir indirectement à l'éviction des biens dotaux pendant le mariage.

Mais là se borne la nécessité de l'intervention de justice. Les simples engagements de la femme, régulièrement consentis, sont valables en eux-mêmes, ils ont une existence propre et peuvent s'exécuter sur les paraphernaux (1).

Ne faut-il pas aller plus loin, et déclarer que, postérieurement à la dissolution du mariage, ils seront exécutoires sur les anciens biens dotaux qui ont désormais perdu ce caractère ?

Système français

Le Code civil ne contient aucun texte précis qui réponde à cette question. Si, de concert, doctrine et jurisprudence ont décidé que même après le mariage l'obligation contractée *durante matrimonio*, ne peut être poursuivie sur la dot, elles y ont été conduites

(1) Cass. 20 juil. 1890, *D.*, 1900-5-249. — Paris, 8 fév. 1897, *D.*, 97-2-285. — Req., 23 juil. 1907, *D.*, 1910-1-81.

par des raisons étrangères à l'application rigoureuse de la loi (1).

La jurisprudence paraît avoir été frappée par cette idée que permettre l'exécution des engagements sur les biens dotaux après le mariage serait autoriser une fraude à la loi. « Attendu, déclare la Cour de « Douai (2), que l'inaliénabilité des biens dotaux est « absolue et doit protéger les biens de la femme « après la dissolution du mariage quand il s'agit « d'obligations contractées antérieurement ; que s'il « en était autrement le but que s'est proposé le légis- « lateur en déclarant l'inaliénabilité des biens dotaux « deviendrait illusoire, parce qu'il dépendrait de la « femme d'aliéner cette espèce de biens de manière à « s'en dépouiller à la dissolution du mariage. » Ce danger ne paraît pas très redoutable, car la femme trouverait difficilement un prêteur disposé à se contenter d'une garantie éventuelle aussi aléatoire.

Le second motif qui se dégage des arrêts est celui-ci : permettre aussitôt après la dissolution du mariage l'exécution sur ce qui fut le patrimoine dotal serait placer dans bien des cas la veuve dans une situation fort précaire ; il ne manque pas de fondement. Cependant nous verrons au chapitre suivant

(1) Les obligations contractées pendant le mariage ne peuvent être exécutées sur les biens dotaux après la dissolution de ce dernier.

Douai, 27 juil. 1853, *D.*, 54-2-234. — Aix, 27 juin 1859, *D.*, 59-2-216 — Cass., 18 août 1869, *D.*, 69-1-461. — Caen, 21 avril 1875, *D.*, 77-2-73. Labbé, *Rev. crit.*, 1851, p. 1 et s. — Rodière et Pont, t. III, n° 1767. — Marcadé, t. VI, art. 1554, n° 7. — Aubry et Rau, t. V, n° 538, p. 607. Laurent, t. XXIII, n° 551. — Guillouard, t. IV, n° 1876.

Contra : Delvincourt, t. III, p. 111. — Toullier, t. XIV, n° 346. — Troplong, n° 3312.

(2) Douai, 27 juil. 1853, précité.

que la difficulté pourrait être résolue d'une façon plus heureuse.

La doctrine est parvenue à proclamer le même résultat pour des raisons différentes, *en faisant de l'inaliénabilité une règle d'incapacité.* Bien que ce système n'ait jamais été admis expressément par la Cour de cassation, de nombreuses décisions judiciaires n'en ont pas moins tiré des conséquences pratiques parfois fort regrettables (1-2).

Disons tout de suite que si les règles du régime dotal pouvaient être réduites à une conception aussi simple, nos préférences seraient au contraire acquises à l'idée, non pas d'incapacité de la femme, mais d'affectation spéciale et d'indisponibilité du patrimoine dotal.

L'incapacité se heurte en effet à une très grave objection : En droit moderne, l'égalité des individus et la liberté des personnes constituent une règle fon-

---

(1) Certains arrêts ont fait une allusion directe à la théorie doctrinale de l'incapacité : « Attendu que l'obligation, nulle dans son principe, en tant qu'elle affecte la dot, ne peut être exécutée sur elle après la dissolution du mariage parce que l'aliénation a été consentie à une époque où la femme n'avait pas *capacité quant à ce.* » Aix, 27 juin 1859, *D.*, 59-2-216.

(2) Sur l'idée d'incapacité M. Marcel Nast a fondé cependant récemment une solution pratique ingénieuse : L'Alsace-Lorraine, depuis son retour à la France, demeure transitoirement soumise au Code civil allemand. L'article 12 de la loi du 24 juillet 1921 dispose que les Alsaciens-Lorrains peuvent adopter pour régir leur mariage un régime organisé par le Code civil français. Si le régime dotal est choisi, l'aliénabilité peut-elle s'appliquer à des biens situés en Alsace-Lorraine, mettant ainsi obstacle aux droits des tiers et modifiant le régime foncier des biens. (Art. 137 du Code civil allemand) ? Oui, répond M. Nast, car la dotalité est une incapacité personnelle et a trait au statut personnel, non au statut réel des biens. — Marcel Nast, *Gaz. Dal.*, 10 mars 1923, p. 37.

damentale, l'incapacité une exception qui ne peut être fondée que sur des raisons d'ordre public et sanctionnée que par des dispositions législatives générales. Nous sommes loin du temps de la « *conventio in manum* » par laquelle un être humain pouvait se placer sous la puissance d'un autre en exécution d'une simple convention privée (assujettie ou non à certaines formes) (1).

Aujourd'hui, comme par le passé, il existe des incapables : les mineurs, les fous, les prodigues, les femmes mariées ; mais pas plus qu'un prodigue ne saurait de sa propre autorité s'affranchir de son conseil judiciaire, un majeur sain d'esprit ne pourrait volontairement accepter un tuteur (2).

Les conventions ne régissent que le patrimoine : la liberté de l'individu, et par suite sa responsabilité civile, demeurent hors du domaine contractuel. Sans doute l'incapacité de la femme mariée découle de son union, elle n'est pas cependant fondée sur une convention mais sur une situation de fait et de droit particulière, l'état de mariage : statut juridique, commun à tous les époux.

Or, les effets du contrat de mariage sont loin de revêtir un pareil caractère de généralité. N'oublions pas en effet que les dispositions du titre « Du contrat de mariage » ne sont, pour reprendre les termes de Duveyrier, *qu'un corps de règles auxquelles les époux*

(1) L'adoption elle-même, qui n'a été introduite dans le Code civil que par suite de desseins personnels à Napoléon, est une copie bien pâle de l'adoption romaine. Tous les rapports de subordination de l'adoptant à l'adopté ont disparu.

(2) V. Mongin, *Rev. crit.* 1886, p 187.

peuvent se référer. Libre à eux de passer un contrat ou de se soumettre par leur abstention au régime de la communauté légale, de choisir celui de la séparation de biens ou de stipuler la dotalité avec ou sans communauté d'acquêts. Ils ont même la possibilité de se constituer un régime tel que bon leur semble car l'article 1387 précise que : *la loi ne régit l'association conjugale quant aux biens qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient point contraires aux bonnes mœurs.*

Ainsi, dans les rapports des époux, certaines règles apparaissent comme touchant spécialement à l'ordre public (pouvoir du mari en tant que chef de famille, ordre légal des successions), tandis que les autres, qui concernent uniquement le patrimoine sont librement établies par les époux : c'est l'objet du contrat de mariage.

Comment admettre dès lors que de la seule adoption du régime dotal il résulte une incapacité spéciale de la femme dotale, ajoutée à son incapacité générale de femme mariée, et qui ne tire sa force que d'une convention privée (1) ?

D'autre part, si la femme possède tout à la fois des biens dotaux et des biens paraphernaux, il ne s'ensuit pas qu'il y ait en elle une dualité de personnes, l'une capable, l'autre incapable de s'obliger;

(1) La femme n'est pas incapable d'engagements avec l'autorisation de son mari, en se mariant sous le régime dotal, elle ne s'est pas frappée d'une incapacité personnelle ; elle ne diminue pas la capacité qui lui est attribuée par le droit commun. — TROPLONG, *Du Contrat de mariage*, t. IV, p. 348.

le contrat de mariage ne peut opérer qu'une division de patrimoine en deux parties dont l'une, spécialement *affectée* à la subsistance de la famille, est frappée d'inaliénabilité.

Aussi bien les auteurs les plus pénétrés de la théorie de l'incapacité ont-ils été fort embarrassés par la contradiction à laquelle ils étaient nécessairement conduits. Ils n'ont pu méconnaître le caractère essentiellement *réel* de la règle qui interdit l'aliénation de l'immeuble dotal, ils ont dû convenir que l'incapacité par eux prétendue était une incapacité *sui generis* dont notre droit n'offre pas d'autre exemple (1).

M. Huc écrit (2) : « La capacité des personnes est « régie par la loi d'une manière souveraine. Il n'ap- « partient pas aux particuliers d'en modifier les « règles ; ce n'est qu'*exceptionnellement*, lorsque plu- « sieurs personnes forment ensemble une société, plus « spécialement quand il s'agit d'une société conjugale, « plus spécialement encore quand elles stipulent le « régime dotal qu'elles peuvent arriver indirecte- « ment à une modification de leur capacité, ou à « frapper d'indisponibilité certains biens dotaux de « la femme. » Et M. Lyon-Caen : « Les partisans les « plus convaincus de cette ingénieuse théorie ne

---

(1) La situation du mineur autorisé à faire le commerce et réglée par les articles 2 du Code de commerce et 487 du Code civil pourrait cependant être rapprochée de celle de la femme dotale. Le mineur commerçant est réputé majeur et capable quant à ses actes de commerce seulement.

(2) Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. IV, p. 104.

« sauraient dire que l'incapacité de la femme dotale « est une incapacité ordinaire ayant pour sanction « la nullité des obligations contractées par elle. Il « est bien certain que l'incapacité de la femme dotale « n'est que relative, c'est en quelque sorte une *inca-* « *pacité réelle*, en ce sens que la femme n'en est « frappée que quant à ses biens dotaux. Le régime « dotal, stipulé dans toute sa pureté ne frappe pas « la femme d'une incapacité véritable sanctionnée « par la nullité des obligations qu'elle contracte » (1).

Situation *exceptionnelle*, *incapacité réelle*, ce n'est là qu'un refus d'explication auquel aboutissent ceux qui veulent oublier que le contrat dotal ne provoque pas chez la femme une dualité de personnalité, mais qu'il n'opère qu'une division dans les biens par elle apportés en mariage.

Mais à supposer même que l'on puisse sans illogisme envisager une incapacité spéciale, *sui generis*, qui ne frapperait la personne que relativement à une catégorie de biens, quelle portée pourrait-elle avoir lorsqu'il s'agit d'un quasi-contrat, d'un quasi-délit ou d'un délit de la femme ? Sans doute une capacité restreinte, si c'est là le fondement de l'inaliénabilité, met bien obstacle à la régularité d'un contrat. Mais lorsque l'obligation est la conséquence d'un fait non contractuel, la volonté de la femme n'a aucun rôle à jouer et il faudrait décider que cette obligation est et demeure valable sans pouvoir être paralysée dans ses effets par l'inaliénabilité, portât-elle sur des biens dotaux.

(1) Lyon, Caen, note au *Sirey*, 1876-2-65, col. 3.

Or, en une matière qui n'est réglée par aucun texte précis du Code civil, la jurisprudence s'est gardée d'être aussi absolue.

Elle décide d'une part que, les biens dotaux ne peuvent être engagés par suite d'un quasi-contrat, mais d'un autre côté, que les tiers lésés *durante matrimonio* par un délit ou un quasi-délit de la femme en peuvent poursuivre la réparation sur tout son patrimoine, y compris la dot (en réservant toutefois l'usufruit si le mari est exempt de faute (1).

Les raisons de cette différence doivent échapper aux partisans de l'incapacité puisque dans un cas comme dans l'autre il y a une obligation mise par la loi à la charge de la femme, par suite d'un fait ou d'une situation de fait et non d'une convention.

Enfin la lecture de l'article 1554, qui érige le principe de l'inaliénabilité, suggère une autre objection qui n'a pas moins de force. Il n'est plus guère contesté aujourd'hui que ce texte s'applique aussi bien aux revenus de la dot, tout au moins en ce qu'ils sont nécessaires aux besoins du ménage, qu'au fonds dotal lui-même. Le mari, usufruitier, se voit notamment interdire d'engager les revenus à échoir dont il est pourtant personnellement propriétaire (2). Serait-il donc lui aussi frappé d'une incapacité personnelle par le seul fait qu'il est marié sous le régime dotal ? Si l'on en décidait ainsi, il faut bien reconnaître qu'on heurterait de front le principe traditionnel de la puissance maritale en même temps qu'on créerait

(1) Dalloz, *Suppl. au Rép.*, V° Contrat de mariage, n° 1352 et s.
(2) V. *supra*, p. 51.

pour l'époux une division de la personnalité plus exhorbitante encore que celle supposée chez sa femme. L'idée d'affectation et partant d'indisponibilité nous paraît au contraire ici dominante. Ainsi que l'a fort bien écrit M. Mongin. (*Op. cit.* p. 94). « L'idée exacte, c'est que le droit d'aliéner est retiré « momentanément du patrimoine de la femme : la « femme n'a plus dans sa fortune, pendant le mariage, « qu'une propriété démembrée, privée d'une de ses « prérogatives ordinaires, le droit de disposition : « son droit lui est restitué seulement dans les circons- « tances exceptionnelles où l'aliénation est permise. »

Sans méconnaître que l'ingénieux système de l'incapacité explique de la façon la plus élégante certaines particularités telles que la nullité relative qui sanctionne l'inaliénabilité et l'inopposabilité de cette dernière aux créanciers dont le droit est né avant le mariage, nous persistons à penser qu'il n'est ni assez cohérent, ni assez exact pour être suivi dans toutes ses conséquences. Spécialement l'argument tiré par la doctrine pour justifier la portée attribuée à l'inaliénabilité, et partant au contrôle judiciaire, si séduisant qu'il puisse paraître, ne nous convainc pas (1). La question de savoir si les engagements de la

(1) V. en sens contraire, Troplong, *Contrat de mariage*, t. IV, n° 3312.

Eyquem, *op. cit.*, p. 118, 119 et s. « La femme qui n'a que des biens dotaux est dans la situation de la femme qui n'a rien. Si elle prend un engagement, il peut s'exécuter quand elle acquiert des biens. »

Suivant l'article 2092, le créancier a pour gage tout le patrimoine aussi bien à venir que présent de son débiteur, or la femme en recouvrant la libre disposition de sa dot a acquis quelque chose qui, conformément aux principes généraux ne saurait être soustrait aux poursuites de ses créanciers.

femme ne peuvent s'exécuter sur la dot, lorsqu'elle devient disponible, reste entière, le Code civil n'ayant rien disposé à ce sujet.

Système italien

Le Code civil italien a comblé, en ce qui le concerne, cette lacune. L'article 1407 est ainsi conçu : « Est nulle *l'aliénation ou l'engagement de la dot*, « encore que les deux époux y donnent leur consen- « tement, s'il n'a pas été permis dans le contrat de « mariage ou si les conditions établies à cet effet ne « sont pas remplies.

« Le mari peut pendant le mariage faire révoquer « l'aliénation ou l'engagement : le même droit appar- « tient à la femme après la dissolution du mariage. « Le mari toutefois, qui a donné son consentement « à l'aliénation ou à l'engagement est tenu à des dom- « mages-intérêts envers celui avec qui il a con- « tracté, s'il n'a pas déclaré dans le contrat que la « chose aliénée ou engagée était dotale.

« *Après la dissolution du mariage*, on peut procé- « der sur les biens qui constituaient la dot, *même* « *pour les obligations contractées par la femme durant* « *le mariage* (1). »

De l'ensemble de ces trois paragraphes il résulte que seule la constitution de droits particuliers sur le fonds dotal est vouée à une inefficacité perpétuelle. Les obligations, au contraire, sont toujours gagées par les biens dotaux, qui ne cessent de figurer comme éléments de crédit dans le patrimoine de la femme

(1) Traduction Prud'homme.

et l'exécution sur ces biens est possible dès que la dissolution du mariage les a privés de leur dotalité.

Tandis qu'une constitution d'hypothèque, par exemple, sur un fonds dotal est radicalement nulle en raison du caractère essentiellement réel de l'interdiction d'aliéner, une promesse au contraire, valable en elle-même puisque la femme reste capable quel que soit le régime matrimonial adopté, est seulement suspendue quant à son exécution sur la dot pendant la durée du mariage.

Cette innovation n'a point été acceptée sans difficultés en 1865. Le dernier alinéa de l'article 1407 avait été repoussé par la commission sénatoriale à la suite d'un rapport qui déclarait : « Nous ne voulons « pas rétablir le *senatus-consulte Velléien*, mais nous « pensons que la conservation de la dot intéresse la « famille et par là même l'ordre social (1) ». Mais ces idées étaient trop contraires aux tendances législatives modernes pour prévaloir. Effectivement, l'article 1407 fut rétabli dans sa teneur actuelle par la commission de coordination et transformé en loi.

Cependant le législateur n'avait pas voulu non plus que pendant le mariage le mari pût dissiper la dot en empruntant sous la caution de sa femme.

Aussi l'article 136, placé au titre « Du mariage », dispose-t-il que : « Si le mari refuse l'autorisation, « ou s'il s'agit d'un acte dans lequel il y a opposition « d'intérêt, ou si la femme est légalement séparée

(1) Prud'homme, traduction du Code civil italien, introduction, p. xlviii.

« par sa faute ou par la faute du mari ou par mutuel « consentement, l'autorisation du tribunal civil sera « nécessaire (1) ».

Du rapprochement de ces deux articles découle naturellement cette conséquence que tout acte d'obligation de la femme, dès lors qu'il est consenti dans l'intérêt du mari, exige pour sa validité l'homologation de justice. Si cette formalité est omise, l'acte sera nul, non en vertu du principe de la dotalité en tant que susceptible d'exécution sur les biens dotaux, mais en lui-même et par suite de l'incapacité de la femme, sous tous les régimes, de cautionner son mari. Ce système où réapparaît le *sénatus-consulte Velleien* a du moins l'avantage de distinguer très nettement deux notions que le droit français a confondues : l'incapacité de la personne qui ne peut résulter que de l'état de mariage et l'indisponibilité de la chose qui dérive du contrat dotal (2).

(1) Traduction Prud'homme.
(2) Huc et Orsier, *op. cit.*, p. 263.

CHAPITRE IV

Durée du Contrôle judiciaire

Il nous semble donc que si, *durante matrimonio*, le contrôle judiciaire doit toujours régir la constitution de droits particuliers sur la dot, il se justifie moins en ce qui concerne les simples engagements de la femme. Cette question d'ailleurs, de quelque manière qu'on la résolve, nous conduit naturellement à une autre qui en est proche. Il nous reste à déterminer l'époque à laquelle le contrôle judiciaire doit cesser : A quel moment la dot perdra-t-elle le caractère qui lui est propre et redeviendra-t-elle aliénable conformément au droit commun ou tout au moins dans les mêmes conditions que les paraphernaux.

Systèmes français et italien

Sur ce point la loi française et la loi italienne sont d'accord pour décider que la dissolution du mariage seule produit ce résultat. Sans doute le droit italien a dégagé plus nettement que le nôtre la notion d'in-

disponibilité qui se trouve à la base du régime dotal. Mais il n'en a pas tiré toutes les conséquences qu'elle comporte.

Comme en droit français l'inaliénabilité établie par le contrat de mariage se perpétue pendant toute l'union conjugale et jusqu'à sa dissolution. *Durante matrimonio*, le fonds dotal est aussi imprescriptible sans qu'il y ait à distinguer (1) suivant que la prescription a commencé à courir avant ou pendant le mariage. Dans un cas comme dans l'autre cette dernière est également suspendue.

La séparation de biens ne rend pas la dot aliénable (art. 1424, C. civ. it.) et tandis que, suivant le Code civil français (art. 1561) l'imprescriptibilité cesse au moment de la séparation, le Code italien la conserve comme conséquence nécessaire de l'inaliénabilité (2).

---

(1) Contrairement aux dispositions de l'article 1561, C. civ. fr.

(2) Bianchi (*Del Contratto di matrimonio*, p. 339 à 342, n° 244) a fort bien indiqué le double motif de cette disposition : l'imprescriptibilité n'est pas seulement établie parce que les biens de la femme sont en la possession du mari (situation qui cesse lors de la séparation de biens) et qu'il ne serait pas juste qu'elle pût souffrir de la négligence apportée par lui à repousser les usurpations des tiers, mais encore et surtout afin d'empêcher les époux de tourner la défense d'aliéner en laissant prescrire (résultat auquel la femme peut parvenir même après la séparation de biens). « La loi, écrit-il, veut que le dommage que les conjoints ne peuvent se causer à eux-mêmes et causer à leurs enfants, par l'aliénation directe de la dot, ils ne puissent non plus le causer indirectement en laissant écouler le temps utile pour la prescription sans réagir contre les usurpations des tiers ou sans exercer contre eux les droits et les actions ayant pour objet la conservation de la dot ».

Mais Bianchi commet une grave erreur quand il énonce la raison pour laquelle le droit français est sur ce point différent du droit italien. Ce serait d'après lui la conséquence de ce qu'après la séparation de biens la situation des époux français mariés sous le régime

Suivant l'opinion à peu près unanimement admise, tant en Italie qu'en France, la séparation de corps elle-même laisse intacte l'inaliénabilité dotale. Cependant, notre loi du 6 février 1893, modifiant l'article 311 du Code civil dispose que : « *La séparation de « corps emporte toujours la séparation de biens. Elle « a en outre pour effet de rendre à la femme le plein « exercice de sa capacité civile, sans qu'elle ait besoin « de recourir à l'autorisation de son mari ou de jus- « tice. S'il y a cessation de la séparation de corps par « la réconciliation des époux, la capacité de la femme*

---

dotal serait la même que celle des époux communs en biens, l'article 1563 se référant aux articles 1443 et suivants.

« Il Codice francese che in materia dotale, per cio che attienc alla separazione, si limita a richiamare le norme che regolano la separazione di beni fra coniugi maritati col regime della communione (art. 1563 C. fr.) non ha disposito, nè poteva disporre per ciò che attiene alla inalienabilità, la quale non sussiste di fronte al regime della communione : in consequenza, avvenuta la separazione della dote dei beni del marito, secundo il Codice francese no è il caso di parlare di inalienabilita e imprescriptibilità. »

« Le Code français qui, en matière dotale, pour ce qui concerne la séparation, se borne à rappeler les règles qui gouvernent la séparation de biens entre conjoints mariés sous le régime de la communauté (art. 1563 du Code français) ne contient pas une pareille disposition et ne pouvait la contenir parce que cela touche à l'inaliénabilité laquelle ne subsiste pas en même temps que la communauté : en conséquence la séparation de la dot et des biens du mari survenant, suivant le Code français, ce n'est pas le cas de parler d'inaliénabilité ni d'imprescriptibilité. »

Or cette doctrine est depuis longtemps abandonnée et il n'est pas douteux, en droit français, que l'inaliénabilité subsiste après la séparation de biens (Dalloz, *Rép.*, V° Contrat de mariage, n^os^ 3499 et 3500) car l'article 1563 indique suffisamment, par sa rédaction, que le renvoi qu'il contient aux articles 1443 et suivants ne s'applique qu'aux causes de la séparation de biens et à la procédure à suivre pour la faire prononcer.

La disposition de l'article 1561 ne peut guère s'expliquer que parce que le législateur français n'a considéré que le premier des deux motifs indiqués plus haut et a perdu l'autre de vue.

« *est modifiée pour l'avenir et réglée par l'article* « *1449...* » Il résulte de ce texte qu'en vertu du jugement de séparation de corps, la femme recouvre sa capacité complète et que, même en cas de réconciliation, elle bénéficie du régime matrimonial qui lui assure le plus d'indépendance : celui de la séparation de biens (art. 1449).

Si l'inaliénabilité dotale n'était qu'une règle de capacité il serait bien permis de dire qu'elle ne saurait dans ces conditions survivre au jugement de séparation.

Cependant, les interprètes ont pensé à juste titre (1) que les termes employés, si généreux qu'ils fussent, ne pouvaient avoir pour conséquence de rendre, à partir de la séparation, la dot aliénable. Le législateur a entendu seulement affranchir la femme séparée de l'autorité maritale. Or, l'inaliénabilité la protège non seulement contre les actes de mauvaise administration du mari, mais contre elle-même. Rien dans les travaux préparatoires n'indique que le législateur ait entendu modifier les règles spéciales à la dotalité ; bien au contraire, M. Léon Renault a nettement déclaré au Sénat : « La disparition de la « nécessité de l'autorisation maritale après que la « séparation de corps a été prononcée, n'a rien à « voir avec l'inaliénabilité du fonds dotal. » M. Arnault, rapporteur à la Chambre n'a été ni moins formel, ni moins catégorique : « La femme reprend « toute liberté, même d'aliénation, sauf pour les biens

(1) V. notamment Colin et Capitant, *Droit civil français*, 1916, t. III, p. 335.

« dotaux qui restent inaliénables, avec les exceptions « prévues en l'article 1558, où l'autorisation de « justice demeure nécessaire (1) ».

Au point de vue de l'interprétation, il ne peut donc subsister aucun doute sur cette solution, au point de vue législatif il est permis de la regretter. Le maintien de l'inaliénabilité, après la séparation de corps conduit à des conséquences souvent paradoxales, parfois inextricables.

Tout d'abord l'inaliénabilité de la dot mobilière est plus absolue, après la séparation, qu'elle ne l'était auparavant.

La vente d'un titre nominatif, par exemple, est possible avant la séparation de corps sous la responsabilité du mari contre lequel la femme conserve une créance dotale de restitution garantie par son hypothèque légale.

Après la séparation au contraire, l'aliénation n'est plus permise à la femme que dans les cas exceptionnels prévus par l'article 1558 : résultat financièrement désastreux.

D'autre part, il est admis que certains créanciers (ceux du mari ou ceux de la femme séparée de biens) peuvent saisir les revenus dotaux en ce qu'ils excèdent les besoins du ménage. Mais après la séparation de corps, le ménage n'existe plus et il n'est plus possible d'évaluer la partie qui en excède les besoins. Les créanciers n'auraient donc aucune action même sur les revenus (2).

---

(1) Dalloz, *Supp. au Rép.*, V° Séparation de corps, n° 144.

(2) V. par analogie : Dépinay, *op. cit.*, p. 210. — Eyquem, *op. cit.*,

Ainsi, à bien des points de vue, l'inaliénabilité est après la séparation de corps d'autant plus stricte et plus rigoureuse que le mari n'est plus investi de ses fonctions d'administrateur responsable (1). Cette règle nous paraît surtout choquante lorsqu'il n'existe pas d'enfants nés du mariage : les époux se sont séparés, toute perspective de postérité a disparu emportant avec elle la principale raison d'être de la dotalité, et c'est précisément à ce moment que la défense d'aliéner et de saisir devient le plus absolue alors que par ailleurs l'état de séparation lui-même augmente les dangers de surprise pour les tiers.

Cette anomalie méritait certainement un examen législatif. Les auteurs de la loi du 6 février 1893 ne s'y sont pas arrêtés.

Aussi la règle, tant en droit français qu'en droit italien peut-elle se résumer très simplement ainsi : *l'inaliénabilité dure et le contrôle judiciaire est requis tant que dure le mariage et jamais plus.*

Évolution du droit moderne

Jusqu'à ces dernières années, ce principe n'a jamais été contesté (2) à l'heure actuelle encore il apparaît comme un des mieux établis. Il convient cependant d'en apprécier le mérite.

L'institution du régime dotal n'existe pas uniquement dans l'intérêt de la femme, son but est essentiellement familial. Or, le mariage n'aboutit pas

p. 302. — Cass., 1er déc. 1834. — S., 35-1-925. — Douai, 27 juil. 1853. — *D.*, 54-2-234. — Caen, 21 avril 1875. — S., 75-2-281 et la note de M. Lyon Caen. — *D.*, 77-2-73 et la note.

(1) Cf. Aubry et Rau, t. V, n° 539, p. 630.

(2) Notamment jusqu'au vote de la loi du 19 mars 1919.

nécessairement à la création d'une famille et il peut arriver que les époux, parvenus à un âge avancé, sans enfants, estiment à bon droit cette protection inutile. Elle demeure cependant immuable.

Au contraire, si la mort d'un des époux, du père en particulier, survient avant que les enfants soient pourvus d'un établissement, il peut être fort regrettable que la protection dotale cesse précisément, par la dissolution du mariage, à l'époque où la situation de la famille est le plus précaire. La veuve et les orphelins se trouvent livrés sans merci aux poursuites des créanciers, exposés sans défense à leur propre impéritie. Les tribunaux eux-mêmes, jusque là commis à la surveillance de la dot perdent leur contrôle.

Il est certain que ces deux conséquences sont économiquement déplorables. Loin d'être imposées par la logique, elles ne découlent en réalité que des traditions romaines inhérentes à notre régime.

En droit romain, le régime de la dot a subi une transformation complète dictée par le changement des mœurs.

Suivant le système primitif, la dot, adventice ou protectice, consistait en une certaine somme versée par la femme, son paterfamilias ou un tiers, au mari, pour l'aider à subvenir aux charges du mariage. Cette dot devenait la propriété du mari et, à son décès, elle était, en vertu des règles héréditaires, transmises à ses descendants avec tout son patrimoine. *Durante matrimonio* elle n'était pas inaliénable de sorte que le caractère très spécial de la dotalité n'existait pas encore.

Survint l'époque classique pendant laquelle la multiplication des divorces obligea les Romains à se préoccuper du sort de la femme après la dissolution du mariage et à favoriser ses secondes noces en lui assurant la restitution de sa dot.

Pour cela, il fallait nécessairement que les biens dotaux fussent strictement protégés pendant toute la durée du mariage pour devenir ensuite immédiatement disponibles, lors de sa dissolution, par la mort ou par le divorce. C'est pourquoi, à partir d'Auguste, la loi Julia défendit au mari d'aliéner le fonds dotal italique sans le consentement de la femme (1) et plus tard, en 530 après Jésus-Christ, une Constitution de Justinien interdit l'aliénation de tous les immeubles dotaux, même avec le consentement des deux époux (2). Le mariage était-il dissous, la femme disposait alors de l'action « rei uxoriœ » pour exiger du mari ou de ses héritiers la restitution de sa dot dans un bref délai (3).

Il est donc historiquement certain que si la dot a toujours été par sa nature, une contribution aux charges du mariage, *l'inaliénabilité qui en est aujourd'hui le caractère spécifique ne fut pas établie dès l'abord dans l'intérêt des enfants.* Elle est née plus tard de la préoccupation de favoriser les secondes noces ce qui impliquait qu'elle eût exactement pour

---

(1) F. Girard, *Droit romain*, 6e édit., p. 971.

(2) Girard, op. cit., p. 978.

(3) Trois ans d'après la loi Julia, Justinien imposa au mari ou à ses héritiers la restitution immédiate des immeubles et réduisit le délai à un an pour les meubles. — Girard, *op. cit.*, p. 974 et 979.

durée celle du mariage. Cette règle traditionnelle s'est perpétuée depuis.

Aujourd'hui la destination de la dot est toute différente ; le Code civil qui a renouvelé dans son article 1098 la prohibition de l'Edit des Secondes Noces, ne voit pas le remariage avec beaucoup plus de faveur que notre ancien droit et la maxime : *Interest republicæ dotes mulierum salvas esse* est depuis longtemps lettre morte (1).

Par un singulier retour des idées et des choses, c'est principalement l'intérêt des enfants issus du premier mariage qui justifie l'inaliénabilité primitivement créée au profit exclusif de la femme veuve ou divorcée. « C'est, disait notamment Duveyrier, à « l'impossibilité absolue d'aliéner le fonds dotal que « la pratique du régime qui établit cette impossi- « bilité attacha la conservation des biens, l'assurance « des héridités directes, la fortune des enfants, la « prospérité de la famille et le lustre social (2) ».

Or, s'il n'est plus nécessaire que la dot devienne immédiatement disponible à la dissolution du mariage, si au contraire le législateur doit être préoccupé de maintenir jusqu'à l'établissement des

---

(1) V. Marcadé, *Commentaire de l'article 1554*, t. VI, p. 47 in fine. Cependant au cours de ces dernières années un mouvement législatif beaucoup moins défavorable au convol de la veuve ou de l'épouse divorcée s'est dessiné. La France souffre des mêmes maux que l'empire romain décadent : l'abus du divorce et la dépopulation. Les mêmes causes entraînent toujours les mêmes effets.

V. Humblot, *De la conservation par une personne veuve remariée des avantages légaux et conventionnels lui venant de son premier conjoint*, p. 138 et s.

(2) Fenet, XIII, p. 756.

enfants une période de protection, ne devrait-il pas s'inspirer d'institutions qui poursuivent, somme toute, le même but que la dotalité par des moyens fort différents ?

Nous entendons parler du *homestead* américain et *du bien de famille insaisissable* en France.

Pour que le citoyen américain puisse invoquer le bénéfice du *homestead* (1) et repousser victorieusement les poursuites que des créanciers prétendraient exercer sur son petit domaine, il faut qu'il soit chef de famille. Mais cette qualité lui est reconnue chaque fois que des personnes réunies à lui par un lien légal — femme, enfants ou pupilles mineurs — sont à sa charge. C'est ainsi que dans la plupart des Etats-Unis d'Amérique les dispositions du *homestead* continuent à protéger le veuf, mais seulement s'il a des enfants et jusqu'à leur majorité.

D'après l'article 18 de la loi du 12 juillet 1909 sur le bien de famille insaisissable (2) en France, si le chef de famille vient à décéder, il est possible de maintenir jusqu'à la majorité du plus jeune des enfants l'indivision du bien de famille qui demeure alors, et jusqu'à cette époque, à l'abri des poursuites.

Sans doute, cette extension de la dotalité au delà de la durée du mariage serait contraire à la tradition romaine. Mais on doit bien considérer que le régime dotal n'est pas exclusivement fondé sur la nécessité de parer aux entreprises auxquelles se livrerait le

---

(1) Bureau, *Le Homestead* ou *l'insaisissabilité de la petite propriété foncière*, Paris, 1895, p. 84 et s.

(2) Dalloz, 1910-4-10.

mari, dans un but égoïste, du temps de son administration. Pour répondre à sa destination, la dot ne doit pas être moins efficacement protégée contre l'imprévoyance de la femme libérée de l'autorité maritale. Du reste, l'article 1561 en proclamant implicitement la dot inaliénable, même après la séparation de corps et de biens, n'indique-t-il pas que cette évolution est presque accomplie ?

La loi du 19 mars 1919, se plaçant, il est vrai, à un point de vue opposé, a résolument proclamé un nouveau principe. *L'inaliénabilité n'a pas nécessairement pour limite celle du mariage;* sa durée ne doit être que celle pendant laquelle la famille mérite une protection spéciale. A l'encontre de principes séculaires, l'article 1 dispose en effet : « *Lorsque la femme est âgée de plus de quarante-cinq ans et que les époux n'ont ni enfants ni descendants vivants*, elle peut, avec l'autorisation du mari et celle de justice, donner ses biens... » Le législateur a posé, d'une façon incidente, et peut-être même sans en considérer exactement la portée, une règle toute nouvelle. Nous croyons qu'il serait opportun de la généraliser.

Les œuvres d'assistance et de prévoyance bénéficiaires de pareilles donations sont évidemment dignes d'intérêt. Mais l'exécution des conventions à titre onéreux, valablement passées, et le payement des créanciers, s'il en existe, doivent en toute justice primer les libéralités. Et qu'on ne dise pas que la dotalité protège encore les époux sans enfant au cours de leur solitaire vieillesse : souvent il serait

beaucoup plus avantageux pour eux de voir cesser l'inaliénabilité de leurs biens.

Il est en effet une institution qui s'est beaucoup développée au cours des dernières années et dont l'intérêt social, quoiqu'on dise, n'est pas dédaignable : *c'est la constitution de rente viagère.*

En vendant leurs immeubles dotaux, au besoin à fonds perdu, des époux sans descendants pourraient se constituer, auprès d'une solide compagnie d'assurances, une rente viagère dont le taux serait d'autant plus élevé que leur âge est supposé plus avancé.

La dotalité leur interdit une pareille combinaison : jusqu'à la fin de leur existence, ils devront vivre des revenus parfois insuffisants de ces immeubles, sans pouvoir disposer, à cause de mort, du principal autrement que par testament.

Et voici comment se résume le desideratum législatif qu'il ne vous reste plus qu'à formuler.

Après la mort de l'un des époux, ou leur divorce, s'il existe des enfants, l'inaliénabilité devrait être maintenue et par suite le contrôle judiciaire subsister, jusqu'à ce que le plus jeune ait atteint sa majorité, ou mieux encore, l'âge ordinaire de son établissement, vingt-quatre ou vingt-cinq ans.

Mais si au contraire, le mariage a été infécond et que les époux aient atteint un âge tel que la survenance d'enfants puisse être considérée comme impossible, ou tout au moins improbable, l'inaliénabilité devrait disparaître avec toutes ses conséquences : elle comporte plus d'inconvénients que d'avantages.

CHAPITRE V

Autorité du Jugement d'autorisation

1° Caractères de ce jugement

Dans les chapitres précédents nous nous sommes efforcés de déterminer les cas, les conditions et les limites dans lesquels la justice peut et doit intervenir pour permettre, par dérogation au contrat de mariage, la constitution de droits réels sur les biens dotaux. Mais la question n'est pas épuisée. Jusqu'alors notre étude n'a porté que sur les conditions de forme et de fond préalables à la décision judiciaire et la marche à suivre pour y aboutir.

Il nous reste à préciser les effets de cette décision, lorsqu'elle est rendue et l'autorité qui lui est attachée.

Envisagé en lui-même, et abstraction faite du point de savoir s'il a été bien ou mal rendu, ce qui constitue une question de fond, le jugement d'autorisation présente un certain nombre de particularités :

C'est un acte de juridiction gracieuse, rendu par le tribunal sur simple requête et après instruction en chambre du conseil, acte auquel celui qui deviendra par la suite acquéreur ou prêteur n'est point partie. Comme tous les actes de cette nature et quoique, tout au moins d'après l'opinion dominante (1) il soit susceptible d'appel, il n'acquiert pas, par le seul effet de l'expiration des délais, l'autorité de la chose jugée. Souvent, pendant de nombreuses années, il demeure exposé à une action principale des époux tendant, s'il contient quelques vices, à son annulation et par voie de conséquence à la nullité de l'aliénation ou de l'hypothèque consentie sur la foi de cet acte.

L'action en nullité est accordée au mari pendant la durée du mariage, sans qu'on puisse lui opposer sa qualité de garant, puisqu'il agit alors comme représentant de sa femme, et par cette dernière après la dissolution du mariage.

Cette action, loin d'être accordée à tous les intéressés est au contraire essentiellement *relative*, réservée aux seuls époux, de sorte que le tiers, acquéreur ou créancier hypothécaire, peut rester pendant une longue période dans un état d'expectative fort pénible.

MM. Colin et Capitant (2) regrettent à juste titre que le tiers demeure aussi longtemps incertain sur le parti que prendront les époux et par suite sur le sort

---

(1) Bertin, Bloch et Breuillac, t. I. — Garsonnet et Cézar-Bru, t. VIII, nos 2964-2973.

V. aussi l'article de M. René Japiot, *Rev. trim. de Droit civil*, 1912, p. 771 et s.

(2) Colin et Capitant, *Cours élémentaire de Droit civil*, t. III, p. 293.

qui sera réservé à son acquisition et ajoutent qu'il aurait mieux valu permettre à l'acquéreur de contraindre les époux à se décider dans un délai assez bref.

Une pareille précaution serait souhaitable en effet. Mais ce n'est qu'à partir du moment où l'inaliénabilité cesse, c'est-à-dire à la dissolution du mariage, que la femme, et la femme seule, pourrait être contrainte à prendre parti, ce qui implique une renonciation éventuelle à son action en nullité. En décider autrement serait offrir un moyen trop facile de tourner la prohibition d'aliéner.

Faut-il conclure, comme certains l'ont fait, de cette relativité que l'inaliénabilité est fondée sur une incapacité de la femme dotale? Nous avons déjà fait connaître notre opinion sur cette théorie, qui part d'un point de vue erroné et qui est, en tout cas, extrêmement factice (1). Il n'est pas nécessaire de recourir à l'idée d'incapacité pour expliquer que l'action en nullité soit refusée aux tiers.

La dotalité existe, nous l'avons dit, dans l'intérêt unique de la famille. Il est naturel que l'action en nullité soit réservée à ses seuls représentants à l'exclusion des co-contractants qui ne poursuivraient l'annulation qu'afin de se libérer d'un marché désavantageux pour eux-mêmes (2).

---

(1) V. *supra*, p. 56 et s.

(2) Le droit français présente bien d'autres exemples de nullités relatives indépendamment de toute question de capacité. En matière de faillite, l'action en nullité de certains actes accomplis par le failli pendant la période suspecte est réservée à la masse (art. 446 du Code de commerce). Or, pas plus la masse que le failli ne sont incapables

Enfin, le dernier aspect saillant du jugement d'autorisation est son caractère occulte. Aucune autre mesure de publicité n'est prescrite que son prononcé à l'audience ordinaire. Ceci est d'autant plus remarquable que l'autorisation judiciaire constitue en définitive une dérogation au contrat dotal qui est lui-même, dans l'intérêt de la sécurité des transactions, assujetti à la publicité très spéciale établie par les lois du 10 juillet 1850 et du 9 août 1919 (art. 75 et 76 nouveaux du Code civil).

Ces diverses considérations générales vont trouver leur application dans l'étude de l'autorité du jugement vis-à-vis des tiers.

2° De la notion de tiers en matière de dotalité

Rien n'est plus variable que la signification attachée au mot *tiers*. Spécialement en matière dotale ce terme peut être employé en deux sens bien différents.

Dans le sens le plus absolu, le tiers est celui qui, étranger aux conventions matrimoniales, n'a pas eu par la suite de rapports contractuels avec les époux. Ses droits ne sauraient être évidemment limités, ni sa situation juridique modifiée, par l'adoption du régime dotal qui demeure pour lui *res inter alios acta*. A celui-là, il convient d'appliquer dans toute son étendue la règle formulée par l'article 1165 du Code civil : « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre*

Seulement la loi n'a pas voulu que le patrimoine du failli pût être distrait de sa destination qui est le paiement des créanciers conformément à la répartition qu'elle détermine.

les parties contractantes, elles ne nuisent pas au tiers et elles ne lui profitent... »

Il faut reconnaître pourtant que la loi semble imposer à ce principe une grave dérogation en déclarant que pendant le mariage, et tout au moins jusqu'à la séparation de biens, l'immeuble dotal demeure soustrait à la prescription acquisitive. Mais l'article 1561 apporte un correctif à cette règle : « Les immeubles dotaux demeurent cependant soumis à la prescription si cette dernière a commencé avant le mariage. » Suivant en effet qu'on se trouve dans l'un ou l'autre cas, la situation du tiers est bien différente, S'il s'est mis en possession pendant le mariage, il a accompli un acte positif d'appréhension sur un bien spécialement affecté à l'entretien du ménage et déclaré comme tel inaliénable. Il lui appartenait de se rendre compte de cette particularité et faute de ce faire sa possession est viciée dès l'origine. Si, au contraire, le tiers était déjà en possession au moment du mariage, il se trouvait dès cette époque, et par rapport à l'immeuble dotal, dans un état juridique déterminé : *en possession* ; il avait à ce point de vue, un droit acquis dont le contrat de mariage passé *inter alios* n'a pas pu le priver.

C'est en ce sens qu'il reste vrai de dire que le contrat de mariage contenant adoption du régime dotal ne nuit pas au tiers.

Le cas de prescription mis à part, la nature dotale des biens ne peut jamais être opposée aux droits des tiers dérivant d'autre source que d'un contrat. Le tiers non contractant possède sur tout le patrimoine

de la femme, y compris la dot, une action en réparation des actes qu'elle aurait commis à son préjudice et qui se résolvent en dommages-intérêts.

La femme engage sa dot non seulement par son délit, mais par son quasi-délit, par toute faute, même non intentionnelle et si légère qu'on la suppose (art. 1382 du Code civil). La jurisprudence est constante en ce sens (1).

Différente est la situation du tiers qui, *durante matrimonio*, a contracté soit avec la femme, soit avec le mari comme représentant de sa femme. Naturellement nous supposons que, conformément aux articles 75 et 76 du Code civil, la mention du contrat est régulièrement insérée dans l'acte de mariage. Alors le tiers, quoique étranger, comme tout le monde, au contrat de mariage, ne peut néanmoins légalement l'ignorer et il y donne, en contractant librement et en connaissance de cause avec les époux, une sorte d'*adhésion*.

De même qu'il a pris en considération la personnalité des époux, il a dû envisager la dotalité de leurs

(1) V. en particulier : Cass., 5 mars 1845 (*D.*, 45-1-185; S , 45-1-513) et les conclusions de l'avocat général Rouland : « Attendu que l'article « 1554 du Code civil n'a eu pour but que de préserver les femmes des « influences qui pouvaient agir sur leur consentement dans les actes « et faits de la vie civile, c'est-à-dire dans les contrats et les quasi- « contrats, qu'une loi de protection destinée à garantir les femmes « des conséquences de leur faiblesse relativement aux actes suscep- « tibles de compromettre leurs biens dotaux serait détournée de son « but si elle servait à les exonérer des suites de leurs faits personnels « alors que ces faits constitueraient des crimes, des délits et des quasi- « délits. »

« Que de tels faits sont restés assujettis à la règle du droit naturel « qui soumet l'auteur quelconque d'un dommage à la réparation. Que « la femme mariée sous le régime dotal n'est pas affranchie de la res- « ponsabilité établie par les articles 1382 et suivants du Code civil. »

biens malgré laquelle il leur a fait confiance : sa qualité d'étranger aux conventions matrimoniales n'est plus aussi absolue que dans le cas précédent.

Or, dans notre droit, pour le même fait, la responsabilité d'un co-contractant est toujours moins sévère que la responsabilité de celui qui n'a pas été accepté à ce titre par la victime du préjudice. Un dommage est-il causé, sans intention de nuire, à des objets mobiliers, par une personne quelconque, cette dernière est tenue à la réparation intégrale. Au contraire, cet accident est-il le fait d'un entrepreneur de transport ou d'un voiturier maladroit, celui-ci n'est obligé à réparer que le préjudice qu'il pouvait prévoir. Le mandataire, même salarié, n'est pas tenu de sa *faute la plus légère*, il s'exonère de toute responsabilité en justifiant que sa diligence a été celle d'un bon père de famille ordinaire. L'article 1382 est inapplicable à la matière des conventions (1).

Aussi tandis que dans le premier cas il suffit, pour que sa dot se trouve engagée, que la femme ait commis une faute si minime qu'elle soit, lorsqu'il s'agit au contraire d'un contrat ou de l'exécution d'un contrat, seule une faute intentionnelle de sa part et caractérisée par la mauvaise foi peut compromettre les biens dotaux.

La simple réticence de la femme sur la nature dotale de son régime matrimonial, réticence qui

(1) Les tribunaux ont eu fréquemment à condamner la prétention émise par un plaideur de faire abstraction d'une convention pour appliquer à l'autre contractant les principes plus rigoureux de l'article 1382. — V. notamment *Req.*, 21 janv. 1890 ; *D.*, 91-1-380.

constituerait incontestablement une faute selon l'article 1382, puisqu'elle induit le tiers en erreur, n'est pas suffisante pour engager la dot. Il a même été jugé que la femme qui, dans la convention, déclare formellement être soumise au régime de la communauté, n'oblige pas par là son patrimoine dotal s'il n'est pas établi que cette erreur soit intentionnelle, si elle peut au contraire s'expliquer par une fausse interprétation (1). Il n'y a donc, en matière de contrat, que la fraude et le dol de la femme, accompagnés de manœuvres positives et pratiquées avec l'intention de nuire qui puissent donner au tiers action sur les biens dotaux (2).

Pourtant la Cour de cassation et les tribunaux n'ont jamais formulé expressément cette distinction. Suivant la Cour suprême, il n'y a qu'un principe directeur en la matière : « *Les tiers ont action sur les biens dotaux chaque fois qu'ils n'ont éviter le dommage* ». « Il serait inique et immoral, déclare par ailleurs la Cour de Caen (3) de causer aux tiers un préjudice, alors que ceux-ci n'avaient aucun moyen de les prévenir ».

Seulement la jurisprudence fait de ce principe deux applications différentes en appréciant d'une façon plus sévère la responsabilité de la femme

---

(1) Toulouse, 18 juin 1860, *D*, 61-2-35 ; Bordeaux, 20 janv. 1893, *D.*, 93-2-517 ; Rouen, 28 mars 1881. — Dalloz, *Suppl.*, V° Contrat de mariage, n°s 1249 et 1335 ; Lyon, 24 mars 1882 et 3 fév. 1883, *D.*, 83-2-143. — Guillouard, t. IV, n° 2096.

(2) Sur cette distinction v. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. III, p. 300 et 301.

(3) Caen, 14 mai et 17 avril 1839, S., 39-2-349 ; S., 40-2-12.

lorsque le tiers n'a eu aucun rapport conventionnel avec elle — parce qu'il n'a pû prévenir le dommage — que lorsqu'il a contracté, parce qu'il pouvait s'y refuser ou tout au moins exiger la production du contrat de mariage (1).

Il n'est pas jusqu'à la distinction devenue classique entre les délits et quasi-délits et les quasi-contrats de la femme qui ne découle de ce principe, différence dont la seule théorie de l'incapacité est impuissante à donner l'explication. Si les quasi-contrats n'engagent jamais les biens dotaux c'est qu'il est toujours plus facile pour le tiers de s'affranchir des conséquences d'un quasi-contrat que de celles d'un délit ou quasi-délit de la femme. La victime d'un fait dommageable subit un acte dont la cause est en quelque sorte extérieure à elle, le quasi-contrat provient au contraire presque toujours d'une erreur, d'une négligence, d'une imprudence de celui qui prétend exercer l'action en répétition.

« S'agit-il par exemple, expliquent MM. Rodière « et Pont (2), du contrat de gestion d'affaire, le tiers « s'imputera de ne pas avoir géré l'affaire lui-même « ou par un mandataire de son choix ; s'agit-il d'un « paiement fait par erreur à un autre qu'au créancier, « le débiteur plus circonspect, eût évité cette erreur ; « s'agit-il des effets de l'acceptation d'une succession, « les créanciers peuvent prévenir la dissipation de

(1) C'est encore en vertu du même critérium que lorsque rien n'avertit le tiers de la valeur dotale incluse dans un immeuble, la femme ne peut se faire rembourser par préférence de sa dot mobilière. — Pau, 24 janv. 1890, Cass., 3 juin 1891 (S., 93-1-5).

(2) Rodière et Pont, t. II, n° 539.

« l'héritier en faisant apposer les scellés et en ven-
« dant les biens, ou en proposant la séparation des
« patrimoines. »

La notion de tiers devait donc être tout d'abord précisée pour éviter toute ambigüité. Une distinction essentielle doit être faite entre le tiers non contractant et le tiers qui a contracté, le second étant traité beaucoup plus rigoureusement que le premier.

Ces principes nous guideront dans les développements qui vont suivre, car l'autorité du jugement est différente suivant que les époux cherchent à contraindre le tiers à y déférer ou qu'au contraire ils en discutent la validité à l'encontre d'un tiers.

3° Cas où les époux veulent contraindre un tiers à l'exécution du jugement

Supposons tout d'abord, c'est le cas le plus simple mais aussi le moins fréquent en pratique, que les époux veuillent imposer à leur acquéreur l'exécution du jugement d'autorisation. Leur prétention est-elle admissible ? A notre connaissance, les tribunaux n'ont eu à résoudre théoriquement cette question que dans une hypothèse un peu particulière mais qui permettra néanmoins de dégager un principe général.

La pratique notariale fait insérer assez fréquemment dans les contrats dotaux une clause d'aliénabilité des biens immobiliers de la future sous condition de remploi en biens de même nature, c'est-à-dire en immeubles. Pour payer valablement l'acquéreur est alors obligé à surveiller le remploi.

Mais si, au cours du mariage, les époux soumis à cette clause, se sont fait, par ailleurs, autoriser à se servir du prix, soit pour procurer des aliments à la famille, soit pour acquitter des dettes de la femme antérieures à la célébration du mariage, pourront-ils en vertu de cette décision judiciaire contraindre l'acquéreur à se dessaisir des deniers soit entre leurs mains et sans remploi, soit entre les mains des créanciers désignés au jugement ?

La question ainsi posée a suscité une sérieuse controverse : D'une part, en effet, on peut dire que si un jugement d'autorisation a prescrit une affectation du prix différente de celle envisagée par le contrat, le tiers acquéreur est valablement libéré en s'y conformant et que par suite il n'a pas d'intérêt sérieux à exiger la justification d'un remploi. *Pas d'intérêt, pas d'action.*

Aussi la jurisprudence la plus récente incline-t-elle à imposer à l'acquéreur l'exécution du jugement (1). Mais ce système offre un inconvénient sérieux.

Le tiers, ainsi que nous le verrons, peut, malgré le jugement d'autorisation, être recherché, si ce jugement est affecté d'un vice et se trouve par la suite annulé sur la demande des époux. Sa situation serait donc aggravée si le jugement lui était opposable, puisqu'il conserve en réalité des raisons sérieuses de préférer les garanties spécialement indiquées au

(1) Rouen, 20 mars 1832, D., 33-2-209. — Grenoble, 20 déc. 1832, *D.*, 33-2-174. — Dalloz, J. G., V° Contrat de mariage, n° 4035, *Supp. eod. verb.*, n° 1447. — *Trib. de la Seine*, 5 janv. 1899. — *Le Droit*, 11 juin 1899. — *Gaz. du Pal.*, table, 1897-1902, V° Chambre du Conseil, n°s 1 et 2.

contrat de mariage et moyennant l'obtention desquelles il sera définitivement à couvert.

Ces raisons ont déterminé la Cour de Caen, à une date déjà ancienne (1), à décider d'une façon très générale que l'acquéreur ne peut être contraint à solder le prix, contrairement aux conventions matrimoniales, en vertu d'un jugement qui aurait autorisé la femme à disposer de son bien dotal.

Ces deux systèmes nous paraissent également condamnables comme trop absolus : la difficulté a été résolue par la Cour de Lyon au moyen d'une distinction des plus juridiques et à laquelle nous nous rallions beaucoup plus volontiers (2).

L'autorisation peut être postérieure au contrat de vente, ou même si elle lui est antérieure elle peut en être absolument indépendante, de sorte qu'elle n'apparaît pas au co-contractant lors de sa conclusion. Il en est ainsi, par exemple, lorsque la femme s'est fait autoriser à engager ses immeubles à la suite d'un prêt et que plus tard elle a vendu un immeuble amiablement, non en vertu de cette autorisation qui ne lui donnait que le pouvoir d'emprunter, mais en usant de la clause d'aliénabilité sous condition de remploi insérée dans son contrat de mariage. Le droit pour l'acquéreur de refuser paiement jusqu'à bonne et due justification d'un remploi conforme au contrat, ne paraît pas pouvoir être mis en doute. En

(1) Caen, 12 mars 1831, *D.*, 33-2-209. — Il est à noter que dans cette espèce particulière le jugement d'autorisation était en lui-même extrêmement suspect ayant été rendu par suite d'une extension des plus critiquables de l'article 1558.

(2) Lyon, 17 avril 1854, *D.*, 56-2-128.

effet, l'autorisation judiciaire constitue une véritable dérogation au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, modification du contrat primitif absolument occulte et, qui plus est, sujette à rétractation. Le tiers a contracté dans l'ignorance de cette décision qui peut présenter des dangers pour lui et qui n'a cessé en tout cas d'être à son égard *res inter alios acta*. Comment pourrions-nous, sans paradoxe, l'imposer à l'acquéreur après nous être montrés soucieux de l'intérêt du tiers au point de ne leur opposer l'aliénabilité dotale elle-même qu'en raison de l'*adhésion* plus ou moins explicite, mais certaine, qu'ils ont donnée au contrat qui la constitue? (1)

Sans doute le danger ne sera pas grand si l'autorisation a été légalement accordée, mais encore l'acquéreur est-il en droit de ne point se livrer, à ses risques et périls, à cette appréciation. Il lui est loisible de s'en tenir à son acte de vente qui, en application du contrat de mariage régissant seul à ses yeux le patrimoine des époux, l'autorise à ne payer que moyennant la garantie d'un remploi.

La situation est toute différente si la vente elle-même n'a été réalisée qu'à la suite et en exécution d'une autorisation de justice qui a été expressément visée. Il n'est plus alors permis à l'acquéreur de méconnaître cette transformation du régime matrimonial, légale en elle-même, et régulièrement portée à sa connaissance. Il a dû envisager le danger éven-

(1) V. *supra*, p. 84.

tuel que l'aliénation autorisée pourrait présenter pour lui, au cas où le jugement d'autorisation viendrait à être critiqué ; et cependant il a contracté, donnant ainsi à ce dernier, une adhésion non équivoque. Dans une espèce voisine, la Cour de Caen, a fort nettement établi cette règle (1) : « Attendu que « ces jugements (d'autorisation), sont une partie « intégrante de l'acte d'emprunt (ou de vente) alors « surtout que, dans l'espèce, le dispositif est littéra- « lement transcrit dans le contrat : qu'ils font la loi « entre l'emprunteur et le prêteur (le vendeur et « l'acquéreur). »

L'acquéreur sera donc, à notre sens, obligé d'exécuter en sa forme et teneur ce jugement, non pas que ce dernier possède à son égard l'autorité de la chose jugée, mais parce que le tiers a, tout au moins tacitement, accepté cette modalité de la vente et que les conventions font la loi des parties.

Ce système, seul compatible avec le respect dû aux intérêts légitimes des tiers, ne présente pas en réalité pour la femme un inconvénient aussi sérieux qu'on le croit généralement. Certes, il serait peu admissible qu'elle pût être contrainte à un remploi, désavantageux ou même impossible, en immeubles, alors que la justice en aurait décidé autrement. Mais un moyen fort simple, bien que coûteux (la faute en est à la procédure française en général), lui est offert pour sortir d'embarras : Elle peut assigner l'acquéreur pour s'entendre condamner à

(1) Caen, 9 mai 1876, *D.*, 77-2-146.

payer conformément au jugement gracieux. Si ce dernier a été rendu conformément à la loi, le tribunal, statuant cette fois au contentieux et contradictoirement, devra condamner l'acquéreur aux fins de l'assignation. Le défendeur devra alors s'exécuter et pourra le faire sans aucun risque car ce dernier jugement est revêtu *inter partes* de l'autorité de la chose jugée. Mais il faudra décider que, jusque-là, la résistance de l'acquéreur était justifiée et que, par suite, les dépens de l'instance ne pourront être mis à sa charge (1).

---

(1) Cette procédure, rarement pratiquée, paraît devoir être admise par les tribunaux si anormale qu'elle paraisse.

Elle était déjà implicitement indiquée dans l'arrêt de Grenoble du 20 déc. 1832 précité. « Attendu d'ailleurs qu'ayant été condamnés, par le jugement dont est fait appel, à payer le prix de leur acquisition entre les mains de la dame V..., toute crainte d'éviction ou d'obligation de payer deux fois à dû disparaître pour eux (les acquéreurs). Attendu dès lors que c'est sans intérêt qu'ils ont appelé. »

Plus récemment le jugement du tribunal de la Seine du 5 janvier 1899 a consacré le même principe.

Pourtant au point de vue théorique, une objection peut être faite : Il est de règle que les jugements sont déclaratifs et non pas constitutifs de droits. Par conséquent le jugement contentieux intervenu par suite de la résistance de l'acquéreur ne peut que reconnaître que cette contestation était juste ou mal fondée dès l'origine suivant que l'autorisation est déclarée avoir été accordée contrairement ou conformément à la loi. Dès le début du litige le tiers était donc en faute de se refuser à reconnaître une autorisation plus tard jugée régulière. Mais remarquons qu'à son égard le jugement d'autorisation a été rendu *inter alios*. A supposer ce jugement légal en lui-même, il reste à savoir si on pouvait imposer au tiers l'obligation de se faire juge de sa régularité et d'exécuter à ses risques et périls un acte auquel il n'a point concouru et c'est là la véritable question.

La procédure de saisie-arrêt offre une situation analogue. Il est admis que si la saisie a été suivie dans le délai de la loi d'une assignation en validité et d'une contre-dénonciation au tiers saisi, celui-ci n'a pas à apprécier les vices de la saisie qui sont invoqués et qu'il a le devoir, ou tout au moins qu'il conserve le droit, de ne se déssaisir des fonds que moyennant mainlevée amiable ou judiciaire. Le jugement qui ordonne la mainlevée proclame sans doute une nullité

4° Cas où les époux poursuivent l'annulation du jugement à l'encontre d'un tiers

L'hypothèse contraire à la précédente est plus commune : le tiers a contracté sur la foi d'un jugement d'autorisation, l'aliénation a été réalisée et l'acquéreur a payé son prix. Plus tard, le mari pendant le mariage ou la femme après sa dissolution, intente l'action en nullité en prétendant que l'autorisation, qui a abouti à la perte de tout ou partie du capital dotal, a été accordée à tort par le tribunal. Quelle va être la situation du co-contractant ?

La grande majorité de la doctrine a établi depuis longtemps à ce sujet une distinction devenue classique.

Le jugement d'autorisation contient-il une erreur *de fait*, cette erreur ne pourra servir de base à l'action des époux, car s'ils ont trompé les juges ils ne sauraient se prévaloir de leur propre fraude pour se libérer des biens contractuels et si même le tribunal, sans avoir été intentionnellement induit en erreur, s'est livré à une fausse appréciation des faits, on ne peut raisonnablement imposer à l'acquéreur l'obligation de vérifier, mieux que la justice ne l'a fait, la

---

préexistante et cependant ce n'est qu'à partir de la décision judiciaire que le tiers saisi peut être contraint par le créancier à payer, parce qu'il est alors couvert par l'autorité de la chose jugée.

V. au surplus M. Japiot, *Rev. trim. de Droit civ.*, 1912, p. 797.

Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, t. III, n° 1709 *in fine*. — Cf. Troplong, Préface du *Contrat de mariage*, p. 161 (CLXI) « Pour en finir, on est presque toujours obligé de faire un procès, soit réel, soit fictif, afin de ne payer qu'à l'ombre d'un jugement passé en force de chose jugée. »

réalité des motifs invoqués. S'il s'agit, au contraire, d'une erreur *de droit*, si, par exemple, le tribunal a accordé l'autorisation en dehors des cas prévus par l'article 1558, l'acquéreur n'est point protégé des conséquences de l'annulation, car le seul examen attentif de l'acte lui eût révélé, dit-on, le vice qu'il renfermait. Malgré la réalisation de la vente, les époux peuvent donc, par la suite, agir en nullité.

Si ce critérium renferme ordinairement le principe d'une distinction équitable, il ne nous paraît pas cependant assez exact pour pouvoir être toujours appliqué dans ses plus extrêmes conséquences.

La question doit se résumer à rechercher si *au moment du contrat de vente* (auquel nous limiterons nos explications pour les simplifier) le tiers a été de *bonne foi*, en ce sens qu'il ne s'est pas rendu complice de la fraude des époux, ou, au contraire, s'il a passé outre à un vice du jugement *manifeste*, soit intentionnellement, soit par une légèreté, une inadvertance assez graves pour engager sa responsabilité civile.

Oui ou non, le tiers connaissait-il, ou devait-il connaître le vice qui entachait le jugement d'autorisation ?

Or, on ne saurait sérieusement soutenir que le tiers ignore toujours l'inexactitude des faits invoqués par les époux à l'appui de leur requête et admis par le tribunal.

Certes, il ne peut être question d'imposer à l'acquéreur, parmi les secrets des familles, une recherche plus approfondie et plus attentive que celle à laquelle

se sont livrés les juges. Mais il se peut que d'une façon indirecte, mais précise et certaine, le tiers sache que les raisons invoquées sont inexactes et que par suite les motifs explicitement déduits dans le jugement qui lui est présenté sont erronnés. Prenons deux exemples entre mille : on invoque la nécessité de payer des dettes de la femme antérieures au mariage, le tribunal admet cette prétention et autorise l'aliénation, mais l'acquéreur, de son côté, a eu l'occasion d'effectuer lui-même le remboursement de ces mêmes dettes en tant que tuteur de la future épouse, de sorte qu'il connaît pertinemment la fausseté de la cause alléguée. Autre exemple : on invoque la nécessité de procurer des aliments à la famille et l'acquéreur sait fort bien qu'elle n'est pas dans le besoin pour être lui-même débiteur envers les époux d'une rente viagère importante dont on a laissé ignorer l'existence au tribunal.

Nous ne croyons pas que, dans cet état, il puisse être permis à l'acquéreur de repousser l'action en nullité des époux en se retranchant derrière l'autorité du jugement d'autorisation qu'il prétendrait souverain en fait, alors que l'application de la distinction classique nous conduirait à la faire écarter.

Sans doute, tout en décidant que les tiers sont d'une façon générale irresponsables de l'erreur de fait du tribunal, auteurs et arrêts ont soin d'excepter le cas où ceux-ci ont été complices de la fraude des époux. « *Fraus omnia corrumpit* (1) ».

(1) V. en particulier Lyon, 30 juin 1856; Sous, Req. 7 juin 1857, S., 57-1-734.

Mais par fraude ils n'entendent évidemment point autre chose que les *manœuvres frauduleuses antérieures au jugement qui ont contribué à induire en erreur le tribunal.* Dans notre hypothèse, l'acquéreur est demeuré absolument étranger à ces dernières, si tant est qu'elles soient caractérisées, d'où il résulterait, d'après la théorie généralement enseignée, que sa situation serait inattaquable. Cette notion n'est pas exacte. La protection due aux tiers doit être limitée à l'impossibilité dans laquelle ils se sont trouvés de se prémunir contre un préjudice. Et la connaissance qu'ils ont pu avoir des vices du jugement doit être appréciée, non pas au moment où le jugement a été rendu, mais au moment où ils ont contracté.

Inutile d'ajouter que ces hypothèses, presque inexistantes en jurisprudence, sont de nature à demeurer exceptionnelles, car c'est évidemment aux demandeurs en annulation qu'il appartient de prouver la connaissance que l'acquéreur a eue de l'erreur de fait commise par les juges. Cette preuve ne peut résulter que du rapprochement de circonstances extrêmement précises, sans qu'il soit admissible ni pertinent d'alléguer que le co-contractant pouvait facilement se renseigner, car il n'est point tenu à de pareilles démarches et il serait désastreux pour le crédit des époux de l'y astreindre.

Si toutefois la femme, par suite d'une situation particulière, est en mesure d'offrir cette preuve, elle doit être admise à la faire ; c'est un cas qu'il n'est pas permis au théoricien de négliger.

Il n'est donc pas exact de dire que *jamais* l'autorisation de justice ne peut être annulée pour cause d'erreur de fait du tribunal. L'est-il davantage de prétendre que *toujours* elle doit être annulée, sur la demande des époux, par suite d'erreur de droit?

Et ici, il est essentiel de remarquer combien, dans les applications de l'article 1558 en particulier, le droit et le fait sont intimement liés et comme il est souvent difficile de dissocier clairement les deux notions. « Supposons, par exemple, écrit fort juste-« ment M. Japiot (1), la question s'est présentée en « pratique, que le juge ait autorisé l'aliénation alors « que celle-ci était conseillée par de simples raisons « de convenances, tandis que l'article 1558 veut que « cette aliénation soit autorisée seulement si elle est « nécessaire ; on peut dire que c'est la nécessité « opposée à la simple opportunité ; y a-t-il erreur de « fait ou erreur de droit? Cette formule ne permet « pas de répondre : on peut bien dire que le juge a « commis une erreur de fait en croyant que le fait « constitutif de la nécessité existait objectivement « alors que objectivement ce fait n'existait pas ; mais « on peut tout aussi bien dire que l'on n'était pas « dans le cas prévu par l'article 1558, car ce texte « prévoit le cas de nécessité et, par hypothèse, on « était dans le cas de simple opportunité. Voilà « pourquoi nous croyons que la distinction ne peut « pas être précisée *in abstracto.* »

Ajoutons à cela que les interprètes ne sont point d'accord sur ce qu'il faut entendre par grosses répara-

(1) *Op. cit.*, p. 804.

tions à l'immeuble dotal (1), qu'ils sont divisés sur le point de savoir si, pour cause d'aliment, le juge peut autoriser une aliénation qui aurait pour résultat de replacer le chef de famille à la tête de son industrie (2), qu'une foule d'autres questions analogues sont aussi vivement controversées et nous serons obligés de reconnaître qu'une grande incertitude règne à ce point de vue dans les idées. Si l'acquéreur est obligé de se livrer à ses risques et périls à une interprétation aussi délicate, Marcadé a eu raison d'écrire : « C'est une bien triste chose qu'un régime « qui exige qu'un homme du monde ait plus de pru« dence, plus de lumière, plus d'intelligence du droit « que les tribunaux eux-mêmes. »

La plus élémentaire équité doit nous incliner à reconnaitre cependant que la responsabilité de l'acquéreur est soumise à certaines restrictions. Nous sommes, il est vrai, en présence d'un tiers contractant et nous avons vu qu'en raison même des rapports conventionnels qu'il a acceptés, la jurisprudence lui fait une condition particulièrement rigoureuse. Doit-il cependant être plus sévèrement traité que le mandataire salarié, par exemple ? Nous ne le croyons pas. Or, il a été fréquemment décidé que le notaire, responsable envers ses clients de toutes les fautes de son ministère, ne peut être condamné à des dommages-intérêts lorsque l'erreur qu'il a pu commettre porte sur un point de droit douteux et controversé. Seule, la violation d'une règle de droit bien établie

(1) V. *supra*, p. 34.
(2) *Req.*, 27 nov. 1883, *D.*, 85-1-39-40.

engage sa responsabilité (1). Le reproche adressé au tiers d'avoir commis une erreur de droit, alors surtout que cette erreur a été partagée par le tribunal, ne saurait donc être accueilli que si elle résulte d'une interprétation manifestement erronnée.

Mais, même au point de vue strictement théorique, le critère ordinairement enseigné n'est pas exact, car c'est une maxime dont trop souvent on abuse que « nul n'est censé ignorer la loi ». Pour reprendre le principe que l'examen de la jurisprudence nous a révélé fondamental en notre matière, le tiers pouvait ou ne pouvait pas se prémunir du dommage suivant qu'il connaissait ou ne pouvait moralement connaître, au moment du contrat, le vice du jugement d'autorisation.

Peu importe à ce point de vue que l'erreur soit de fait ou de droit, il n'est point rationnel d'opposer sans cesse l'un à l'autre. « Il semblerait bien, ajoute « M. Japiot (2), qu'il faille donner du critère même « de l'erreur de fait et de l'erreur de droit une notion « formelle si on veut qu'elle soit saisissable : l'erreur « de fait, inopposable aux tiers, serait celle qui ne « transparaît pas extérieurement dans le jugement « d'autorisation, l'erreur de droit serait celle qui « peut être relevée à la lecture de ce jugement. »

En résumé, il ne faudrait point s'attacher à autre chose qu'à l'*apparence*, et encore le fait que le vice n'est pas apparent ne prouverait-il pas que l'acqué-

---

(1) Dalloz, table, 1877-1887, V° Responsabilité, n° 377 et s. — *Req.* 12 fév. 1883, *D.*, 84-1-255. — *Req.*, 21 janv. 1890, *D*, 91-1-380.

(2) *Op. cit.*, p. 805.

reur l'a ignoré, mais il le ferait présumer jusqu'à ce que le demandeur en annulation ait rapporté la preuve contraire, d'ailleurs rarement possible.

Enfin, quoique la notion d'erreur apparente soit plus exacte que celle d'erreur de droit, nous ne nous dissimulons pas qu'elle offre en pratique encore une grande part d'incertitude. Aussi nous ne pouvons que regretter qu'un problème aussi délicat ait pû naître.

Il n'est, somme toute, qu'une conséquence de l'initiative malheureuse prise par les auteurs du Code d'énumérer les cas où l'aliénation sera permise.

En Italie, la doctrine a édifié une construction analogue, mais la distinction à laquelle elle aboutit, n'est point en réalité la même. Qu'est-ce en effet que l'erreur de droit dans une législation qui ne limite pas les cas d'aliénation ?

La décision du tribunal qui intervient est évidemment basée uniquement sur des considérations de fait. Aussi les annulations sont-elles extrêmement rares, elles n'ont guère pour cause que l'incompétence ou l'inobservation des formes. Il s'agit là de vices en général aisément perceptibles au seul examen minutieux du jugement (1).

Le Code français, issu de la Révolution a craint l'arbitraire des juges : « l'équité des Parlements » mais il n'a su se défendre d'un arbitraire plus redoutable encore en imposant aux tiers de bonne foi une circonspection plus grande que celle des tribunaux.

---

(1) Bianchi, *op. cit.*

CONCLUSION

Le régime dotal est essentiellement une institution de sécurité.

En droit, la notion de sécurité est fondamentale puisque la règlementation des rapports juridiques n'a d'autre but que d'aboutir à la détermination et à la protection des droits individuels. Mais la sécurité elle-même se manifeste sous deux aspects bien différents, avec deux tendances contraires auxquelles se rattachent par un lien plus ou moins étroit toutes les dispositions du Code (1).

D'une part, en effet, il importe que certains droits primordiaux, tels que celui de propriété, soient stables, que l'individu ne puisse être ni dépossédé par surprise, ni engagé à son insu dans les liens d'un contrat auquel il n'aurait pas librement et personnellement consenti. Il faut protéger les faibles, les

(1) René Demogue, *Les Notions fondamentales du Droit privé*, Rousseau, 1911, p. 63 et s.

mineurs, les incapables et éviter que l'ordre légal des successions puisse être modifié. La nécessité d'assurer la conservation des droits de celui qui en est titulaire s'exerce même au détriment d'un tiers de bonne foi. *Nemo jus ignorare censetur.*

C'est là ce que M. Demogue nomme la *sécurité statique*, dont le régime dotal est en tout premier lieu pénétré.

Mais d'un autre côté les droits sont inéluctablement destinés à être transmis. Au point de vue économique, il est nécessaire qu'ils le soient à peine de disparaître par la destruction de la chose elle-même ou l'impossibilité de l'utiliser avec profit; car la richesse est dans le mouvement. La sécurité est donc nécessaire à l'acquéreur de droit autant qu'au titulaire primitif. La seconde règle, complémentaire de la première, peut donc se formuler ainsi : *l'apparence raisonnable d'un droit doit, dans les rapports avec les tiers, produire le même effet que le droit lui-même.* C'est pourquoi le possesseur d'un meuble en est immédiatement considéré comme le véritable propriétaire (art. 2279), le possesseur d'un immeuble au bout d'un certain temps (art. 2262 et 2265), l'héritier apparent dispose valablement à l'égard des tiers des biens d'une succession, le mandataire apparent engage le mandant par ses actes juridiques. Notre Code de commerce contient de nombreuses règles analogues, notamment celle qui permet au porteur d'un titre à ordre d'en poursuivre tous les signataires sans que ceux-ci puissent faire valoir contre lui les exceptions opposables au créancier primitif (art. 140

et suiv. du Code de Commerce). *Error communis facit jus.*

C'est la *sécurité dynamique* que notre auteur, à juste titre, oppose à la première.

L'intérêt du titulaire de droit est, en effet, ordinairement contraire à celui de l'acquéreur, et, dans les pays occidentaux où les transactions sont rapides et nombreuses, il est logique que l'intérêt du second soit souvent préféré à celui du premier.

N'est-ce point là l'explication profonde de la défaveur toujours croissante avec laquelle est considéré le régime dotal ?

Mais le droit de la famille, s'il n'est pas absolu, ne saurait être non plus totalement négligé. La persistance elle-même de notre régime, avec ses dérivés, dans certaines contrées méridionales, constitue à ce point de vue, une précieuse indication. A la suite d'un minutieux travail statistique M. Bonnecasse a pu écrire (1) : « Le régime dotal a de trop profondes « racines dans le sol français pour disparaître de « lui-même ; nous reconnaissons volontiers que c'est « une institution déjà entrée dans la période de la « vieillesse, mais cette vieillesse sera des plus lon- « gues et l'agonie qui la suivra sera indéfinie ; la « mort ne sera pas naturelle, elle ne sera due qu'à « un arrêt de condamnation parti du législateur lui- « même. »

Aussi bien ces deux tendances ne doivent pas

(1) Bonnecasse, *La Réforme du régime dotal et de la communauté légale et les enseignements de la pratique. Rev. trim. de Droit civ.*, 1911, p. 317, et s.

s'exclure. Tout au contraire, la première est un contrepoids nécessaire à la seconde. Il nous est apparu qu'une réforme devait être tentée et que cette conciliation devait être recherchée dans le perfectionnement et l'étendue plus grande du *contrôle judiciaire.*

Les règles établies par le Code civil sur la dotalité sont trop strictes. Sous le prétexte d'assurer la conservation de la dot dans la famille, elles aboutissent à en interdire pratiquement l'utilisation. L'on garde, il est vrai, la possibilité d'allier au contrat dotal certaines dispositions empruntées soit à la communauté, soit à la séparation de biens ; mais alors notre régime perd sa physionomie propre, et l'incertitude qui plane sur la véritable portée de ce contrat bâtard est préjudiciable à la sécurité de l'acquéreur et par suite au crédit des époux eux-mêmes.

Pour éviter ces deux graves dangers, il conviendrait, suivant le système qu'il ne nous était permis que d'esquisser, de donner aux tribunaux un pouvoir plus grand de déroger dans les cas utiles aux règles d'inaliénabilité posées par le contrat. Ne convient-il pas de leur confier la protection des intérêts véritables de la famille et le soin de veiller à la sécurité statique ?

Et, d'un autre côté, chaque jugement constitue un titre auquel l'acquéreur de bonne foi et d'une diligence moyenne doit pouvoir faire confiance. Dans une certaine mesure notre droit moderne fait retour au formalisme primitif, non pas que l'emploi de la formule soit nécessaire pour matérialiser la pensée,

mais parce qu'il est indispensable que cette pensée soit énoncée d'une façon précise. On accorde donc une importance toute particulière au titre et cette évolution des idées doit être prise en considération, cela dans l'intérêt de la sécurité dynamique.

Ces deux supériorités du Code civil italien sur le Code Napoléon ont fait le succès du régime dotal au-delà des Alpes, et nous croyons qu'adaptée aux nécessités modernes une pareille institution, issue du même génie latin, ne déplairait pas à l'esprit d'ordre et de conservation des Français.

Vu :
Le Doyen de la Faculté de Droit,
M. DESLANDRES.

Vu :
Le Président de la thèse,
Marc DESSERTEAUX.

Vu et permis d'imprimer :
Dijon, le 9 juin 1923.
Le Recteur de l'Académie,
Th. ROSSET.

Table des Matières

INTRODUCTION. — **Le régime dotal du Code civil n'est plus en harmonie avec les nécessités économiques modernes** 7

Critiques de la doctrine (p. 7). — Législations étrangères (p. 8). — But des rédacteurs du Code civil (p. 11). — Nécessité d'un régime dotal légal (p. 14). — Le contrôle judiciaire. Objet de cette étude (p. 17).

CHAPITRE I. — **Cas d'application du Contrôle judiciaire.** 17

Législation moderne (p. 18). — Loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation (p. 18). — Loi du 21 juin 1865 sur les syndicats d'irrigation (p. 19). — Loi du 19 mars 1919 sur les donations aux œuvres d'assistance (p. 20). — Loi du 25 juin 1902 sur le bail emphytéotique (p. 27). — Projet de loi sur le bail à long terme (p. 30). — Conclusion : Inconvénients de la méthode d'énumération limitative suivie par le Code (p. 31).

Œuvre de la jurisprudence (p. 33). — Application extensive de l'article 1558 (p. 33). — Inconvénient (p. 35).

Système italien (p. 36). — Pouvoirs plus larges attribués aux tribunaux (p. 37). — La nécessité et l'utilité évidente (p. 38). — Succès de ce système (p. 40).

CHAPITRE II. — **Conditions de l'Aliénation judiciaire** ... 41

Système français. Le consentement des deux époux n'est pas toujours nécessaire (p. 41). — Exceptions : Articles 1555 du Code civil et 1 de la loi du 19 mars 1919 (p. 43). — Article 1556 (p. 44). — Recours contentieux (p. 45).

Système italien. Le consentement des deux époux est toujours nécessaire (p. 45). — Réforme du 17 juillet 1919 : extension de la capacité de la femme (p. 48). — La nécessité du concours du mari aux aliénations dotales subsiste. Son fondement (p. 49).

Conclusion (p. 50). — Le droit de jouissance du mari n'est pas absolu (p. 51). — Supériorité du système français (p. 52).

CHAPITRE III. — **Étendue du Contrôle judiciaire**..... 53

Exécution des obligations sur les biens de la femme. Distinction entre la constitution de droits particuliers et les simples obligations (p. 53).

Système français. Même après la dissolution du mariage l'obligation contractée *durante matrimonio* ne peut être poursuivie sur la dot (p. 54). — Motifs invoqués par la jurisprudence (p. 55). — Théorie doctrinale de l'incapacité. Critique. Une incapacité n'est pas le résultat d'une convention (p. 56). Le contrat dotal ne crée qu'une division de patrimoine (p. 58). — L'incapacité prétendue ne saurait s'étendre au mari (p. 61).

Système italien. Exécution des obligations sur la dot après la dissolution du mariage (p. 63). — Interdiction à la femme de cautionner son mari. Incapacité de la personne, indisponibilité de la chose (p. 65).

CHAPITRE IV. — **Durée du Contrôle judiciaire**..... 67

Systèmes français et italien. — Le contrôle judiciaire est requis tant que dure le mariage (p. 67). — Cas spécial de la séparation de corps et de biens (p. 69).

Évolution du droit moderne. Appréciation de la règle précitée (p. 72). Son origine romaine (p. 73). Le *homestead* et le bien de famille insaisissable (p. 76). Loi du 19 mars 1919. Conclusion (p. 77).

CHAPITRE V. — **Autorité du Jugement d'autorisation** ... 79

1° **Caractères de ce jugement.** Acte de juridiction gracieuse. Relativité de l'action en nullité (p. 80).

2° **De la notion de tiers en matière dotale.** Tiers étranger à toute convention (p. 82). — Tiers contractant (p. 84). — Degré de sa responsabilité (p. 85). — Quasi-délits et quasi-contrats (p. 87).

3° **Cas où les époux veulent contraindre un tiers à l'exécution du jugement** (p. 88). — Controverse jurisprudentielle (p. 89). — Recours possible à la procédure contentieuse (p. 92).

4° **Cas où les époux poursuivent l'annulation à l'encontre d'un tiers.** Distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit (p. 94). — Critique. L'erreur de fait n'est pas toujours ignorée du tiers (p. 95). — Critique de la notion d'erreur de droit (p. 98) — Résultat du système italien (p. 101).

CONCLUSION 103

Sécurité statique et sécurité dynamique (p. 104). — Formalisme du droit moderne (p. 106).

DIJON. — IMPRIMERIE VEUVE P. BERTHIER